Der Erholungsurlaub der gewerblichen Arbeiter.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

Vorgelegt von

Eberhard Flatt
Gerichtsreferendar

am 21. Februar 1931

Referent: Professor Dr. Stoll

1931

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

1. Kapitel: Allgemeines.

§ 1 Die sozialpolitischen Gesichtspunkte.

§ 2 Die Entwicklung in Deutschland.

2. Kapitel: Die Grundlagen des Urlaubsanspruchs.

§ 3 Das Gesetz.

§ 4 Der Tarifvertrag.

§ 5 Der Einzelarbeitsvertrag.

§ 6 Die Betriebsvereinbarung.

3. Kapitel: Die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs.

§ 7 Allgemeines.

§ 8 Die Konstruktion des Reichsarbeitsgerichts.

§ 9 Die Werksbeurlaubung.

4. Kapitel: Die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs.

§ 10 Die Karenzzeit.

§ 11 Die Dauer der Beschäftigung.

§ 12 Die Unterbrechung der Beschäftigungsdauer und ihre Wirkung.

§ 13 Die Urlaubsperiode.

§ 14 Der Stichtag.

5. Kapitel: Die Durchführung des Urlaubsanspruchs.

§ 15 Die Erteilung des Urlaubs.

A) Allgemeines.

B) Die Form der Erteilung.

C) Der Inhalt der Erteilung.

D) Die Beschränkung des billigen Ermessens.

E) Die Mitwirkung des Betriebsrats.

§ 16 Die Frage der Selbstbeurlaubung des Arbeitnehmers.
§ 17 Der prozessuale Schutz.
§ 18 Die Sicherung des Urlaubs durch tarifliche Strafbestimmungen.

6. Kapitel: Der Inhalt des Urlaubsanspruchs.
§ 19 Einleitung: Die Doppelnatur des Urlaubsanspruchs.
§ 20 Die Unteilbarkeit des Urlaubsanspruchs.
A) Der Lohnanspruch.
§ 21 Allgemeines.
§ 22 Der dem Ferienlohn zu Grunde liegende Berechnungsfaktor.
I. Geldlohn.
II. Zuschläge.
III. Naturalbezüge.
IV. Krankenkassenbeiträge und andere soziale Leistungen.
V. Erwerbslosenunterstützung.
§ 23 Der Urlaubslohn bei Kurzarbeit und Ueberarbeit.
§ 24 Die Fälligkeit des Urlaubslohns.
§ 25 Die Zurückzahlung des Urlaubslohns.
§ 26 Der Urlaubslohn im Konkurs.
B) Der Freistellungsanspruch.
§ 27 I. Allgemeines.
§ 28 II. Das Verbot anderweitiger Lohnarbeit.
§ 29 III. Das Abgeltungsverbot.
§ 30 IV. Die Stellvertretungspflicht der Nichtbeurlaubten.
§ 31 Die Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit des Urlaubsanspruchs.

7. Kapitel: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und ihr Einfluß auf den Urlaubsanspruch.
Einleitung.

§ 32 Die Ansicht des RAG.
I. Zusammenfassung.
II. Einzelheiten.
III. Anhänger des RAG.
§ 33 Die früher herrschenden Ansichten.
8. Kapitel: Das Erlöschen des Urlaubsanspruchs.
§ 34 Die Erfüllung.
§ 35 Die Aufrechnung.
§ 36 Der Verzicht und die Verwirkung.
§ 37 Die Verjährung.

Literaturverzeichnis.

A) Lehrbücher, Kommentare, Größere Werke.

Bürgerl. Gesetzbuch, Kommentar der Reichsgerichtsräte, 6. Aufl. 1928.

Entwurf eines Allgem. Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift, 28. Sonderheft z. Reichs-Arb.Bl. 1923.

Dersch-Flatow, Kommentar des Betr.Rätegesetz., 1928.

Feig-Sitzler, Das Neue Arbeitsrecht, Band 1 Betriebsrätegesetz,1928.

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch d. Arbeitsrechts, 2. Auflage, 1928.

Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.

Kallee-Gros, Taschenb. d. Arbeitsrechts, 1928.

Kallee, Kartei des Arbeitsrechts.

Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Auflage, 1928.

Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925.

Mansfeld, Kommentar z. Betriebsrätegesetz, 1930.

Oertmann, Das Arbeitsvertragsrecht, 1922.

Staub, Kommentar zum H.G.B. 12. Auflage, 1926.

Schlüter-Wallichs, Deutsches und ausl. Urlaubsrecht, 1920.

B) Kleinere Aufsätze.

Becker, „Eine Urlaubsfrage von prinzipieller Bedeutung", Arbeitsrecht und Schlicht. 1928, 227.

Buchwald, „Der Ferienanspruch des gewerblichen Arbeiters", Gew. u. K.Ger. 27. Jahrg. S. 129.

Daenzer-Banotti, „Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers". Neue Zeitschr. für Arb.Recht 1929, 455.

Dickhaupt, Werksbeurlaubung, Frankf. Diss., Verlag Hartmann-Greifswald, 1928.

Dissinger, „Gilt der Urlaubsanspruch für das laufende oder vergangene Jahr?" Neue Zeitschr. für Arb.Recht 1926, 595.

Deipenbrock, „Lohnzahlung an Kurzarbeiter während des Urlaubs". Soziale Praxis 1926, 1097.

Erdel, „Arbeitsaussetzung und Tarifvertrag". Schlicht.Wesen 1926 S. 4 und 49.

Freymuth, „Abgeltung tariflich zugesagten und nicht genommenen Urlaubs". Gew. und Kaufm. Gericht 28. Jahrg. S. 207.

Fuchs, „Werksbeurlaubung". Juristische Wochenschrift 1924, S. 1854.

Görrig, „Gilt Erholungsurlaub für das laufende oder vergangene Jahr?" Schlicht.Wesen 1925 S. 12.

Hecker, „Der Urlaub nach dem Krieg in Deutschland". Soziale Praxis 1926 S. 46.

Hueck, „Schaffung von Arbeitsnormen durch Betriebsvereinbarung". Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923 S. 87.

Jaerisch, „Tariflicher Ferienanspruch de lege lata". Gew. und Kaufm. Ger. Band 26 S. 106.

Jörges, „Arbeitsrechtliche Entscheidungen und Bescheide". Schlicht.Wesen 1926, 38.

Kreller, „Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes". Archiv für zivilistische Praxis, neue Folge, Band 5 S. 92.

Kroenig, „Nachträglicher Gehaltsabzug für Ferienurlaub". Gew. und Kaufm.Ger. 17. Jahrg. S. 54.

Lehmann, „Sind Vergütungen für Urlaubstage auf die Erwerbslosenunterstützung anzurechnen?" Schlicht.Wesen 1927, 143.

Liebrecht, „Geltendmachung des Urlaubsanspruchs nach der Entlassung". Arbeitsgericht 34. Jahrg. S. 6.

Lange, „Verzicht auf Tariflohn". Neue Zeitschr. f. Arbeitsrecht 1929, 162.

Martell, „Das Recht des Urlaubs". Schlicht.Wesen 1928, 256.

Massing, „Zur Frage der Urlaubsvergütung". Schlicht.Wesen 1929, 195.

Moeckel, „Hat der beurlaubte Arbeiter bei Kurzarbeit vollen oder verkürzten Lohn zu beanspruchen?" Schlicht.Wesen 1927 S. 29.

Nikisch, „Der Urlaub des Arbeitnehmers". Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1928, 133.

Richter, „Juristische Betrachtungen zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes V zur Systematik". Reichsarb.Blatt (N.A.T.) 1924 S. 233.

Sauer, „Arbeitsaussetzung" (Werksbeurlaubung). Juristische Wochenschrift 1925, S. 220.

Schalhorn, „Die Ansprüche des Arbeitnehmers bei Verweigerung zugesagten Erholungsurlaubs". Gew. und Kaufm. Gericht 22. Jahrgang S. 163.

Schmincke, „Urlaubsfragen". Gew. und Kaufm. Gericht 25. Jahrg. S. 22.

Schmincke, „Urlaub". Kartei Kallee (10. 12. 19).
recht 1925, 443.

Simson, „Urlaub nach Beendigung des Arbeitsvertrags". Neue Zeitschrift f. Arb.Recht 1929, 130.

Specovius, „Urlaubsfragen". Neue Zeitschrift für Arbeits-

Strunden, „Zur Frage der Werksbeurlaubung". Neue Zeitschr. für Arb.Recht 1924, 406.

Warncke, „Urlaub und Kündigung". Kartei Kallee.

Warncke, „Geltendmachung, Zeitpunkt und Dauer des Urlaubs". Schlicht. Wesen 1927, Spalte 178.

Witt, „Recht auf Urlaub". Soziale Praxis 1926, 344.

Zunft, „Kündigung und Urlaubsanspruch". Neue Zeitschrift f. Arbeitsrecht 1926, 589.

C) Judikatur-Sammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung).
Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Verlang Bensheimer).
Potthof-Jadesohn, „Rechtsprechung in Arbeitssachen" 1927, zit. Potthof-Jadesohn.
Rechtsprechung in Arbeitssachen, Verlag Stilke u. Co., zit. Arb.R. Spr.

Einleitung.

A) Unter Urlaub in weiterem Sinn versteht man jede in beiderseitigem Einverständnis der Parteien erfolgte Befreiung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht. Diese Befreiung kann verschiedenen Zwecken dienen. Man denke an Ausübung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten, das Amt eines Abgeordneten; diese Fälle sind in der Reichsverfassung und den Landesverfassungen geregelt. Daneben Tätigkeit als Schöffe, Geschworener oder als Zeuge. Eine andere Gruppe umfaßt Fälle, wo der Arbeitnehmer im eigenen Interesse von der Arbeit befreit wird, z. B. zur Erfüllung gesellschaftlicher Verpflichtungen oder von Akten der Pietät, etwa Begräbnis nahestehender Personen, außerdem Befreiung bei konfessionellen Feiertagen. Zu denken ist auch an Urlaub zum Zweck der beruflichen Weiterbildung. Diese Fälle sind im § 616 BGB. gesetzlich geregelt, es sind hier auch die Grundsätze des § 242 BGB. anzuwenden. Ein Sonderfall ist der in § 629 BGB. gesetzlich geregelte Urlaub zum Aufsuchen einer neuen Stelle bei Ende des Arbeitsverhältnisses. Schließlich wären noch Fälle zu erwähnen, wo die Freistellung von der Arbeit aus Gründen erfolgt, die im Betrieb liegen. Charakteristisch dafür ist die unten des Näheren zu behandelnde Werksbeurlaubung. Im weitesten Sinn läßt sich auch die Kurzarbeit (Arbeitsstreckung) darunter rechnen, soweit sie durch Vertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eingeführt wird.

Nicht begriffsnotwendig für diese Fälle des Urlaubs ist, daß der Arbeitgeber für die Zeit der Freistellung dem Arbeitnehmer den Lohn weiterzahlt.

B) Eine von diesen Fällen prinzipiell verschiedene Art des Urlaubs ist der Erholungsurlaub, der in vorliegender Arbeit behandelt werden soll. Der Unterschied ist zunächst bedingt durch die sozialpolitischen Voraussetzungen des Erholungsurlaubs. Während es sich bei den unter A) aufgeführten Fällen um solche handelt, in denen die Arbeitspflicht nur unter gewissen Voraussetzungen kasuell entfällt, hat sich der Erholungsurlaub von seiner ursprünglichen Voraussetzung der Erholungsbedürftigkeit des Beurlaubten emanzipiert und sich zu einem allen Arbeitern generell zustehenden Anspruch entwickelt. Hand in Hand damit geht eine prinzipielle Fortzahlung des Lohnes für die Zeit der Arbeitsbefreiung, sodaß man heute die Fortzahlung des Lohns als Charakteristikum des Erholungsurlaubs ansehen kann.

Da der Urlaub, wie noch zu erörtern sein wird, gesetzlich nirgends geregelt ist, ist die Entwicklung dieser Materie vollständig den Kollektivverträgen überlassen geblieben. Durch die tarifliche Regelung und die Auslegung der Tarifnormen durch die Arbeitsgerichte hat sich neues Recht gebildet, dessen Entstehung, Zusammenhänge, und wichtigsten Grundsätze für den Arbeitsvertrag der gewerblichen Arbeiter im folgenden unter besonderer Berücksichtigung der württembergischen Verhältnisse dargelegt werden sollen.

1. Kapitel.

§ 1.

Die sozialpolitischen Gesichtspunkte.

Ein Bedürfnis nach Urlaub besteht aus physiologischen und psychologischen Gründen. Die Länge der Arbeit bedingt erhebliche Anstrengung, häufig auch schlechte Körperhaltung. Dazu kommen noch unvermeidliche Gesundheitsschäden durch die Industriearbeit, z. B. Rauch, Ruß, Staub und Lärm, die je nach Art und Einrichtung des Betriebs mehr oder minder intensiv auftreten.

Daneben zeigen sich noch besondere Belastungsmomente psychologischer Natur im heutigen Wirtschaftsleben mit seiner Rationalisierung und seiner eintönigen Arbeit besonders stark.

Die täglichen Arbeitspausen können diese Schädigungen nur zum Teil beheben. Von Zeit zu Zeit ist eine längere d. h. über mehrere Tage sich erstreckende Arbeitspause notwendig. Nur eine solche gibt Gelegenheit zur richtigen Ausspannung, die die obenerwähnten gewerblichen Gesundheitsschädigungen wenigstens zum Teil behebt und Gelegenheit zur Sammlung neuer geistiger Eindrücke — etwa durch Reisen und Ausflüge — gibt.

Mit der Gewährung von Freizeit allein ist nicht geholfen. Der Arbeiter lebt, zu einem sehr großen Teil wenigstens, von der Hand in den Mund. Ein Ausfall des Lohns bei Nichtarbeit ist daher für die meisten wirtschaftlich schwer tragbar. Sie wären darauf angewiesen, über die Urlaubszeit sich durch anderweitige Arbeit Ersatz für den ausgefallenen Verdienst zu suchen. Andernfalls würde durch erzwungene Einschränkung der Lebenshaltung der ganze Urlaubszweck illusorisch gemacht. Diese Erwägungen führen dazu, dem Arbeitnehmer für die Zeit seines Erholungsurlaubs den Lohn weiterzubezahlen.

Der Arbeitgeber hat von dieser Befreiung seinerseits Nutzen, Martell[1]) redet nicht mit Unrecht von einem bestangelegten Kapital des Arbeitgebers. Die längere Befreiung von der meist eintönigen und abstumpfenden Arbeit bewirkt eine körperliche und seelische Erfrischung, die sich wieder in erhöhter Arbeitsfreude und dadurch in gesteigerten Arbeitsergebnissen auswirkt. Jedoch ist es zu weitgehend, wenn z. B. Warncke[2]) in diesem Nutzen die alleinige soziale Existenzberechtigung des Urlaubs sieht und den Urlaubsanspruch deshalb entfallen lassen will, wenn der Arbeitgeber von der aufgefrischten Arbeitskraft keinen Nutzen mehr hat. Daß der Urlaub produktionssteigernd wirkt, wird, wohl zu Unrecht, stark angezweifelt vom Geschäftsbericht der Deutschen Arbeitgeberverbände für 1924[3]).

Wenn auch nicht verkannt werden darf, daß die Gewährung von bezahltem Urlaub eine erhebliche Belastung für die schon ohnehin stark belastete Wirtschaft darstellt, — der Geschäftsbericht der Vereinigten Deutschen Arbeitgeberverbände für 1920[3]) schätzt sie wohl zu hoch gegriffen auf jährlich GM. 180 000 000.—, — so muß doch gesagt werden, daß der Urlaub eine zur Pflege der Volksgesundheit unerläßliche Maßnahme ist.

Besonders nötig ist Erholungsurlaub für die oben erwähnten gesundheitsschädlichen Betriebe, wo die beruflichen Schädigungen besonders intensiv auftreten. Hier ist eine längere Urlaubsdauer erwünscht. Diesen Erwägungen trägt z. B. der Reichstarifvertrag für die Gemeindearbeiter in der Fassung vom 21. 12. 1926, § 12 Ziffer 2 Rechnung, wenn er den an Retorten und Feuerungsanlagen in Gasfabriken beschäftigten Arbeiter einen in der jeweiligen Urlaubsstufe um 3 Tage höheren Urlaub gewährt. Auch in anderen Tarifverträgen z. B. in der Ziegelindustrie findet sich heute Besserstellung der unter besonders ungünstigen Verhältnissen arbeitenden Arbeiter.

Auch bei älteren Arbeitern allgemein ist ein längerer Urlaub angebracht; jedoch ist diesen durch tarifliche Festsetzung eines gegenüber den jüngeren Arbeitern längeren Urlaubs ein sehr schlechter Dienst geleistet, da für den Arbeitgeber dadurch ein erhöhter Anreiz zum Abbau ihrer älteren Arbeiter gegeben wird. Auf der anderen Seite hat der Arbeitgeber durch Gewährung längeren Urlaubs ein Interesse daran, sich einen Stamm eingeübter Qualitätsarbeiter zu schaffen.

---

[1]) Arbeitsrecht und Schlichtung 1928 Seite 256.
[2]) Kartei „Urlaub und Kündigung".
[3]) Zitiert bei Wallichs.

Sehr zu begrüßen wäre eine generelle Einführung längeren Urlaubs für jugendliche Arbeiter und Lehrlinge. Bei den jugendlichen machen sich die ungünstigen Wirkungen der Fabrikarbeit durch die Entwicklungsjahre besonders bemerkbar. Auch liegt es im Interesse ihrer beruflichen Weiterbildung, wenn ihnen längere Freizeit gewährt wird. Die Jugendverbände setzen sich daher auch stark für die Erweiterung des Urlaubs für die Jugendlichen ein [4]).

Auf die Mittel, die es den Arbeitern ermöglichen, ihre Ferien mit geringen Kosten möglichst gut auszunutzen, soll hier nicht eingegangen werden. Gemeinnützigen Vereinen bietet sich hier ein reiches Feld der Betätigung, in erster Linie durch Bieten von Gelegenheit zur Ausübung von Sport, verbilligte Reisegelegenheit, Ferienheime, Volkshochschulen u. a.

§ 2.

Die Entwicklung in Deutschland.

Vor dem Krieg war in Deutschland bezahlter Urlaub für die gewerblichen Arbeiter auch in den Tarifverträgen so gut wie unbekannt. So gab es 1911 in Deutschland nur 29 Tarifverträge, die ein Anrecht auf Urlaub gaben [5]). Bis Kriegsende zeigt sich kein wesentlicher Aufschwung. Erst die seit dem Krieg sich vollziehende Schöpfung des modernen Arbeitsrechts schafft hier Wandel. Am 31. 12. 1920 hatten 65,7% aller Tarifverträge mit 77,5% aller Betriebe und 82,5% aller beschäftigten Personen Anspruch auf Erholungsurlaub. 1921 waren es 72,6% (bezw. 75,3 und 86,7%). 1922 80,1% (bezw. 90,4 und 92,7%), 1924 86,6% (bezw. 91,3 und 93,5%). 1925 89,0 (bezw. 96,7 und 94,6%). 1926 91,3 (bezw. 91,1 und 93,6 %). Bei diesen Tarifverträgen gaben Anspruch auf Erholungsurlaub im Jahre 1926 von bis zu 3 Tagen 53,4% der Tarifverträge mit 48% der Betriebe und 56,2% der beschäftigten Personen. 3 bis 6 Tage 40% mit 46,7 und 40,2%. Ueber 6 Tage 6,6% mit 5,3 und 3,6%. Eine Höchstdauer des Urlaubs wurde festgesetzt mit 6 Tagen in 30% der Tarifverträge, mit 33% der Betriebe und 26,4% der Arbeitnehmer; über 6—12 Tage 40,7%, mit 36,5 und 48,9%. Ueber 12—18 Tage 23,6% mit 24,6% und 26,7%, über 18 Tage 5,7% mit 5,1 und 7%. Im Württemberg haben heute alle Tarifverträge, soweit sie beim württemb. Arbeitgeberverband in Stuttgart vorlagen, Anspruch auf Erholungsurlaub festgesetzt.

[4]) Soz.Pr. 1928 Seite 85 und Hecker Soz.Pr. 1926 S. 46.
[5]) Material bei Wallichs S. 4 ff. und Soz.Pr. 1926 S. 858.

2. Kapitel.

Die Grundlage des Urlaubsanspruchs.

§. 3.

I. Gesetz.

Ein Anspruch auf Erholungsurlaub ist im Gesetz für alle Gruppen von Arbeitnehmern nirgends vorgesehen. Eine Ausnahme macht nur für Dienstboten und andere häusliche Arbeitnehmer eine bayerische Demobilmachungsverordnung vom 12. Dezember 1918 über die Neuordnung des Gesinderechts, die den Hausangestellten gesetzlichen Anspruch auf Urlaub gibt. Vor allem läßt sich ein Urlaubsanspruch nicht aus § 616 BGB. ableiten, da es sich hier nicht um eine Verhinderung des Arbeitnehmers handelt [1]). Ebensowenig aus § 612 BGB. wie eine von Wallichs zitierte Entscheidung des Gewerbegerichts Bonn vom 24. September 1924 ausführt, es handelt sich hier um unbewußte Unterstellung eines gesetzlichen Urlaubsanspruchs.

Wenn auch das Entstehen des Urlaubsanspruchs nirgends gesetzlich geregelt ist, so finden doch auf seine Erfüllung als Erfüllung eines Anspruchs aus dem Arbeitsvertrag die allgemeinen Vorschriften des BGB. Anwendung, besonders die Vorschriften über Unmöglichkeit der Leistung, über Verzug, Erfüllung, Erlaß, Verjährung (beachte § 196 Ziffer 9 BGB.). Vor allem die Vorschriften der § 133, 157 und 242 BGB. Aus § 242 BGB. kann sogar ausnahmsweise ein Anspruch auf Erholungsurlaub sich ergeben, besonders wenn es sich um langjährige Arbeitsverhältnisse handelt. Auch nach Gewohnheitsrecht kann ein Erholungsurlaub begründet sein, doch konnte sich auf dem Gebiet des Arbeitsrechts bis jetzt in der Regel noch kein Gewohnheitsrecht bilden, da die ganze Materie noch zu sehr in der Fortentwicklung begriffen ist. Kaskel nimmt [2]) die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht an infolge gutachtlicher Aeußerung der Behörden (Arbeitsministerien u. a.). Sinsheimer („Ein Arbeitstarifgesetz" S. 188) verneint die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht. Immerhin ist für spätere Zeiten die Möglichkeit der Bildung von Gewohnheitsrecht und vielleicht auch der Bildung eines gewohnheitsrechtlichen Urlaubsanspruchs nicht ausgeschlossen. Die Verkehrssitte kann innerhalb beruflich oder örtlich begrenzter Gebiete ebenfalls einen Erholungsurlaubsanspruch be-

[1]) Ebenso Wallichs S. 17.
[2]) Arbeitsrecht S. 14.

gründen, wenn auch, schon mit Rücksicht auf die allgemeine Wirtschaftslage, von einer allgemeinen Verkehrssitte, daß Urlaub jedem Arbeiter zustehe, nicht gesprochen werden kann. Ebenso L.A.G. Frankfurt/Main 25. 10. 1928 [3]). Dagegen nimmt Dänzer-Vanotti einen durch Verkehrssitte begründeten allgemeinen Urlaubsanspruch an [4]).

§ 4.

II. Der Tarifvertrag.

In den weitaus meisten Fällen beruht der Urlaubsanspruch auf tarifvertraglicher Verpflichtung.

Die tarifvertragliche Regelung hat ihre Schattenseiten. Die Verträge sind sehr häufig ungenau und lückenhaft abgefaßt und berücksichtigen nur die Normalfälle. Bei Ausnahmefällen, z. B. bei der Kündigung, entstehen dann schier unüberwindliche Auslegungsschwierigkeiten und dauernder Streit. Es ist daher eine Regelung zu empfehlen, die bei aller notwendigen Kürze die erfahrungsgemäß sich ergebenden Streitpunkte im Voraus regelt. Ein Anhalt für die tarifliche Regelung ergibt sich bei Behandlung der in der Rechtsprechung auftauchenden Probleme. Es empfiehlt sich auch eine Anlehnung an die gesetzlichen Bestimmungen des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzes, der zu besprechen ist. Bei der Auslegung sind die allgemeinen Auslegungsregeln des BGB. § 157 und § 133 zu beachten. Noch weniger als bei anderen Verträgen ist hier engherziges Kleben am Wortlaut am Platze, sondern es sind zur Auslegung sämtliche beim Abschluß des Vertrags mitwirkenden Nebenumstände in Betracht zu ziehen [1]), die Entstehungsgeschichte des Tarifvertrags, frühere Entscheidungen von Schiedsinstanzen über die strittige Frage, Verhalten der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände (jedoch nicht der einzelnen Arbeitgeber- und Arbeitnehmer, da diese nicht Kontrahenten des Tarifvertrags sind, vgl. RAG. vom 23. 11. 29 [2]).

Die Hauptrolle für die Entwicklung des Urlaubsrechts spielt die durch die Judikatur, besonders das Reichsarbeitsgericht und die Landesarbeitsgerichte erfolgte Auslegung der Tarifverträge. In mustergültiger Arbeit hat diese heute fast alle tariflichen Urlaubsstreitigkeiten gelöst und damit wesentlich zur Fortbildung des Rechts beigetragen.

---

[3]) Bensh. Band 5 S. 15 LAG.
[4]) a. a. O.
[1]) Beachte RAG. vom 17. 10. 29. Bensh. B. 7 S. 188 und vom 11. 9. 29. Bensh. B. 7 S. 17.
[2]) Bensh. B. 7 S. 392.

Ueber die bei Aenderung des maßgebenden Tarifvertrags entstehenden Schwierigkeiten siehe § 20.

Anhang: Das Bedürfnis nach Schaffung einheitlichen Arbeitsrechts suchte im Jahr 1923 ein beim Reichsarbeitsministerium gebildeter „Ausschuß für einheitliches Arbeitsrecht" zu befriedigen. Er veröffentlichte im Reichsarbeitsblatt 1923 Nr. 15 einen Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, dessen grundlegende Arbeiten von Potthoff stammten. Der Entwurf sollte die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer regeln und sah in den §§ 93—104 einen gesetzlichen Urlaubsanspruch für alle Arbeitnehmer vor. Damit folgt der Entwurf vielen ausländischen Rechten, z. B.: Oesterreich (Arbeiterurlaubsgesetz vom 30. 7. 1919), Polen (Gesetz vom 16. 5. 1922), Lettland (Arbeitszeitgesetz vom 24. 3. 1922), Sowjet-Rußland (Arbeitsgesetz vom 9. 11. 22), Tschecho-Slowakei (Gesetz betreffs Einführung eines bezahlten Urlaubs für Arbeitnehmer vom 3. 4. 25) und Italien (Charta der Arbeit vom 21. 4. 27); auch Frankreich plant jetzt die Einführung eines allmeinen gesetzlichen Urlaubsanspruchs [3]).

§ 5.

III. Einzelarbeitsvertrag.

Er spielt bei der heute allgemein üblichen tariflichen Regelung nur eine untergeordnete Rolle. Wie der ganze Dienstvertrag ist auch die Urlaubsvereinbarung prinzipiell formfrei. Urlaub kann daher auch stillschweigend gewährt werden. Das RAG. hat einen Fall geregelt, wo es sich um Gratifikation handelte, also ebenfalls um jährlich wiederkehrende Leistungen des Arbeitgebers. In seinem Urteil vom 15. 6. 29 [1]), das den Arbeitsvertrag von Bankangestellten betrifft, gewährt es ohne Vorliegen einer tariflichen oder ausdrücklichen einzelvertraglichen Vereinbarung Anspruch auf Gratifikationen, wenn der Arbeitgeber durch eine Reihe von Jahren den Angestellten in dauernder Uebung Gratifikationen bezahlte, da darin eine stillschweigende Verpflichtung hierzu liege, sofern nicht der Arbeitgeber jeweils bei der Hingabe der Gratifikation auf die Freiwilligkeit hinweise. Auch Arbeitnehmer, die neu eintreten, haben nach Ansicht des RAG. Anspruch auf die im Betrieb allgemein übliche Gratifikation, da die Einstellung mangels anderer Abreden zu den im Betrieb üblichen Bedingungen erfolge. Eine Entscheidung des LAG.

[3]) Aufstellung bei Wallichs S. 89.
[1]) Amtl. Samml. Band 4 S. 65.

Berlin vom 26. 10. 27. gewährt Urlaub auf Grund langjähriger Uebung und Aufstellung des Urlaubsplans für das folgende Jahr.

Man muß jedoch in der Annahme einer stillschweigenden Verpflichtung des Arbeitgebers sehr vorsichtig sein, da Gratifikationen ihrer Natur nach häufig als Beteiligung des Arbeitnehmers am Betriebsgewinn aufgefaßt werden. In Zeiten wirtschaftlicher Depression wird dieser Gewinn meist entfallen. Das LAG. Frankfurt vom 25. 10. 28 [2]) verneint stillschweigende Urlaubsgewährung, wenn der Arbeiter ohne tarifliche Verpflichtung dreimal hintereinander Urlaub gegeben hat, da es sich um eine freiwillige Leistung handle. Ebenso verneint GG. Kiel vom 12. 6. 24 [3]) einen Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers, wenn ihm vorher nach freiem Belieben des Prinzipals Urlaub gewährt wurde. In der Literatur verneint Liebrecht [4]) für diese Fälle einen Urlaubsanspruch, auch Hueck-Nipperdey [5]) gewährt (bei Gratifikationen) einen rechtlichen Anspruch nur bei ganz besonderer Lage aller Umstände.

Was den Inhalt der Urlaubsvereinbarung betrifft, so ist zu sagen, daß diese keine dem Arbeiter ungünstigere sein darf, als nach einem etwa geltenden Tarifvertrag (§ 1 der V.O. über Tarifverträge). Häufig findet sich in Tarifverträgen die Bestimmung, daß einzelvertragliche Bestimmungen, die längere Urlaubsdauer vorsehen als der Tarif, auch nach Inkrafttreten desselben ihre Gültigkeit behalten sollen. So z. B. Tarifvertrag für die Textil-Industrie § 15, für die Schokolade-Industrie § 15.

§ 6.

IV. Betriebsvereinbarung.

Auch durch eine Vereinbarung des Betriebsrats mit der Betriebsleitung kann ein Anspruch auf Urlaub festgesetzt werden, wenn beim Abschluß des Tarifvertrags keine Regelung stattgefunden hat. Gesetzliche Grundlage BRG. § 78 Z. 2. Dies trifft vor allem dann zu, wenn der Tarifvertrag eine Regelung des Urlaubsanspruchs grundsätzlich dem einzelnen Betrieb überlassen will. Meist ist jedoch der Urlaub schon im Tarif festgelegt; der Betriebsvereinbarung ist dann nur eine nähere Ausgestaltung, z. B. durch Festsetzung eines Urlaubsplans, des Urlaubsentgelts, und anderer untergeordneter im Tarifvertrag nicht geregelter Punkte vorbehalten. Eine

[2]) Bensh. 5 S. 13 LAG.
[3]) Gew. Kaufm.Ger. Bd. 30 S. 14.
[4]) Jahrb. des Kauf.Ger. Berlin Band 3 S. 60.
[5]) Band 1 S. 184 Lehrb. d. Arb.Rechts.

vom Tarifvertrag abweichende Regelung des Urlaubs ist nach richtiger Ansicht nur dann statthaft, wenn sie für den Arbeitnehmer günstigere Bedingungen enthält [1]).

3. Kapitel.

Die Rechtsnatur des Urlaubsanspruchs.

§ 7.

Allgemeines.

Bis vor kurzer Zeit sah man in der Urlaubserteilung durch den Arbeitgeber einen Akt sozialen Entgegenkommens, auf den der Arbeiter keinen rechtlichen Anspruch hatte. Es war sozusagen eine Belohnung für Wohlverhalten. Die Konsequenz war, daß der Arbeitnehmer in punkto Urlaub rechtlos gestellt war; der Arbeitgeber konnte den Urlaub nach Belieben geben oder nicht und vor allem durch vorzeitige Kündigung den Urlaub vereiteln. Der Urlaub wurde als nichts anderes als Schenkung aufgefaßt [1]). Teilweise wurde dafür sogar die Form des § 518 BGB. verlangt. Eine solche extreme Auffassung, die freilich von ihrem Standpunkt aus konsequent durchgeführt ist, führte zu unmöglichen Ergebnissen für die Praxis. Etwas weniger extrem ist ein Urteil des Gewerbegerichts Charlottenburg, v. 18.12.1917 [2]), das zwar auch den Grundsatz vertritt, daß Urlaub Schenkung ist, diesen Grundsatz aber durchbricht, da die Schenkung nicht zurückgegeben werden braucht, wenn der Arbeitnehmer nicht im Betrieb bleibt (§ 534 BGB). Das betreffende Urteil sieht in der Rückgabeverpflichtung eine einseitige Kündigungsbeschränkung des Arbeitnehmers und damit einen Verstoß gegen § 122 Gewerbeordnung.

Eine weitverbreitete Ansicht [3]) sieht in der Urlaubsgewährung einen Vertrag zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses, durch den der Arbeitgeber auf die Leistung von Arbeit für eine gewisse Zeit verzichtet [4]). Diese Auffassung berücksichtigte nicht die Fortentwicklung der sozialen Anschauungen, auf der anderen Seite vermag sie die rechtlichen Schwierigkeiten z. B. bei der Frage der Kündigung nicht oder nur in einer das Rechtsempfinden wenig be-

[1]) Ebenso Wallichs S. 25; Hueck AZ. f. A. 1923 S. 87 ff.

[1]) So Liebrecht a. a. O.

[2]) Zit. Gew. K.G. 23. Jg. S. 236.

[3]) Warncke Kartei-Urlaub u. Kündigung, Nikisch A. Z. f. A. 1928 Seite 133 ff. Urteil in Bensh. Band 2 S. 189 Kreller Arch. f. Ziv. Pr. N. F. Band 5 S. 92.

[4]) Keine klare Definition bei Kaskel. Oertmann erklärt den Urlaub lediglich für eine Befreiung von der Arbeitspflicht, ohne auf den Grund näher einzugehen.

friedigenden Weise zu lösen[5]). Die früher vertretene Auffassung betont auch allzusehr das Interesse des Arbeitgebers an der Erteilung des Urlaubs (so z. B. Warncke). Urlaub am Ende des Arbeitsverhältnisses oder nach Kündigung sollte nicht möglich sein bezw. nicht verlangt werden können, da der Arbeitgeber ja dann von der aufgefrischten Arbeitskraft des Arbeiters nicht mehr profitiere. Auch Jaerisch[6]) setzt als für die Urlaubsmöglichkeit wesentlich das Fortbestehen des Dienstverhältnisses voraus.

Diese Auffassung ändert sich allmählich in Literatur und Rechtsprechung, der Urlaub beginnt sich von seinen ursprünglich sozialen Voraussetzungen, Erholungsbedürfnis des Arbeiters und Interesse des Betriebs, zu emanzipieren. Er entwickelt sich — zunächst freilich noch heftig bekämpft[7]) — zum selbständigen Anspruch neben dem Lohnanspruch. Schon Jaerisch erkennt an, daß der Urlaub wirtschaftlich und rechtlich Aequivalent für geleistete Dienste ist. Diese Auffassung dringt allmählich auch in der Judikatur durch, vergl. Gewerbegericht Berlin vom 4. 6. 1926 und Landgericht Breslau vom 10. 2. 25 (beide unveröffentlicht). Abzulehnen ist die Ansicht des Landgerichts Dessau vom 18. 2 25[8]), daß der Urlaub in jeder Stunde anteilsmäßig erworben wird. Auch in der Literatur wird erstere Ansicht zur herrschenden, vgl. z. B. Zunft[9]), Daenzer-Banotti[10]) und Hueck-Nipperdey[11]).

Mit der Einführung der Arbeitsgerichte kommt die Entwicklung zum Abschluß. Besonders das RAG hat immer wieder zum Ausdruck gebracht, daß es sich beim Urlaub nicht mehr um eine soziale Vergünstigung handle, sondern um einen wohlerworbenen Anspruch. Schon im Urteil vom 30. 11. 27[12]) erklärt es, daß der Urlaub nicht durch die Erholungsbedürftigkeit des Arbeiters im konkreten Fall bedingt sei. Den Abschluß bilden die Urteile vom 12. 1. 29 und 23. 3. 29[13]).

Der Entwurf vermeidet eine Definition des Urlaubs. Er will, wie die Denkschrift ausführt, der noch im Fluß begriffenen Entwicklung nicht vorgreifen. Systematisch ist der Urlaub im dritten Abschnitt unter Pflichten des Arbeitgebers eingereiht.

---

[5]) Dagegen Daenzer-Banotti A. Z. f. A. 1929 S. 455.
[6]) Gew.K.G. Band 26 S. 106.
[7]) So noch von Massing Arb.R. u. Schl. 1929 S. 194.
[8]) Schl.W. 7. Jahrg. S. 134.
[9]) A. Z. f. A. 1926 S. 589.
[10]) a. a. O.
[11]) Lehrbuch des Arbeitsrechts § 47 Anm. 32.
[12]) Amtl. Samml. Bd. 1 S. 42.
[13]) Amtl. Samml. Bd. 3 S. 130, 330.

§ 8.

Die Konstruktion des Reichsarbeitsgerichts.

Das RAG. faßt in seinen beiden Entscheidungen, von denen die vom 12. 1. 29 sich auf den mitteldeutschen Braunkohlenbergbau bezieht, den Urlaub als einen Doppelanspruch auf, der aus zwei Unteransprüchen besteht, nämlich dem Anspruch auf Freistellung von der Arbeit und auf Zahlung des Lohns. Genau genommen handelt es sich beim zweiten Anspruch nicht um Zahlung des Arbeitslohns, sondern um einen etwas anders gearteten, weil aus einem anderen Rechtsgrund geschuldeten Lohn.

Es handelt sich bei den beiden Ansprüchen nicht um eine Wahlschuld im Sinne von § 272 BGB., denn es wird nicht die eine oder andere Leistung wahlweise geschuldet, sodaß durch die Erfüllung des einen beide Ansprüche erlöschen.

Selbstverständlich ist das Entstehen des Geldanspruchs, den wir Urlaubslohn nennen wollen, von dem Entstehen des Freistellungsanspruchs abhängig. Ist dieser noch nicht entstanden, oder noch nicht fällig, dann kann auch der Urlaubslohn nicht verlangt werden. Dagegen wird durch die Unmöglichkeit des bereits entstandenen Freistellungsanspruchs nicht auch die Gewährung des Urlaubslohns unmöglich. Das ist wichtig für die noch zu besprechende Frage der Kündigung und ihrer Einwirkung auf den Urlaub. Das RAG. stützt seine These auch auf sozial-politische Erwägungen, indem es ausführt, daß der Zweck der Erholung des Arbeiters am ehesten dadurch erreicht werde, daß man es ihm ermöglicht, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor Antritt der neuen Stelle die entsprechende Zeit sich auszuruhen.

Den gesamten Urlaubsanspruch faßt das RAG. als Entgelt für die Arbeitspflicht auf, sei es für bereits geleistete oder für noch zu leistende Arbeit. Es handelt sich also um einen wohlworbenen Anspruch des Arbeitnehmers, nicht um Schenkung.

Anderweitige tarifliche Regelung des Urlaubsbegriffs ist nach Ansicht des RAG. natürlich möglich. Eine solche Bestimmung kann jedoch nicht daraus entnommen werden, daß der Tarifvertrag die Abgeltung von Urlaub verbietet. Diese Bestimmung gelte — dem muß beigetreten werden — nur für den normalen Verlauf des Arbeitsverhältnisses und solle verhindern, daß der Arbeiter sich seinen Urlaubsanspruch vom Unternehmer abkaufen lasse. Das RAG. schließt im Gegenteil aus dieser Bestimmung, daß in allen anderen

Fällen der Urlaubslohn bezahlt werden müsse. In der Entscheidung vom 23. 11. 29 [1]) hat das RAG. für den Rheinisch-Westfälischen Steinkohlen-Bergbau ebenfalls die Natur des Urlaubs als Doppelanspruch bejaht, unter eingehender Würdigung aller für und gegen diese Auffassung sprechender Umstände. Es steht auf dem Standpunkt, daß eine Behandlung des Urlaubs lediglich als Freistellungsanspruch sich mit aller Deutlichkeit aus dem Tarifvertrag oder seiner Vorgeschichte ergeben müsse. Auch RAG. vom 25. 9. 29 Akt.Z. 100/29 [2]) anerkennt die Doppelnatur des Urlaubsanspruchs mit der im Tarifvertrag festgesetzten Einschränkung der Verwirkung bei Kündigung der Arbeitnehmer oder bei berechtigter fristloser Entlassung durch den Arbeitgeber.

Dieser Ansicht, die das RAG. in der Folge immer wieder hervorgehoben hat, ist beizutreten. Sie löst in logisch klarer, einfacher und das Rechtsempfinden befriedigender Weise die Schwierigkeiten, über die früher in der Literatur und Judikatur zahlreiche entgegengesetzte Meinungen herrschten. Besonders die Frage der Einwirkung der Kündigung auf den Urlaubsanspruch wird hier in logisch einwandfreier Weise gelöst. Für die Doppelnatur des Anspruchs auch Lindner [3]).

Die Ansicht des RAG. wird bekämpft von Massing [4]). Dieser erkennt zwar an, daß der Urlaub ein Teil der Gegenleistung des Dienstberechtigten ist. Dagegen verneint er, daß der Geldanspruch zum Wesen des Erholungsurlaubs gehöre mit der Begründung, daß der Urlaub nicht als Lohnzulage wirken solle. Es könne also Geldabfindung anstatt Gewährung von Freizeit nur aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzanspruchs, allenfalls aus § 242 BGB. gewährt werden. Massing übersieht dabei die Entwicklung, die der Urlaubsanspruch tatsächlich genommen hat, daß eben aus der ursprünglichen Freistellung sich schließlich ein Anspruch auf Freistellung verbunden mit der Weiterzahlung des Lohns entwickelt hat. Auch ein Urteil des Arbeitsgerichts Kassel vom 10. 1. 29 verneint die vermögensrechtliche Seite und nimmt bei Beendigung vor Urlaubsgewährung Unmöglichkeit der Leistung an.

Die vermögensrechtliche Seite des Urlaubs wird ferner bestritten von Freymuth [5]), der darin ein „ideelles Recht mit nur mittelbaren Vermögenswert“ sieht. Auch Wallichs (S. 10) wendet sich gegen

[1]) Bensh. Band 7 S. 384.
[2]) Bensh. Band 7 S. 148 ff.
[3]) Arb.G. 34. Jahrg. S. 6 ff.
[4]) Arb.Recht und Schl. S. 194, 1929.
[5]) Gew.K.G. 28. Jahrg. Seite 207.

allzugroße Ueberspannung der vermögensrechtlichen Seite. Er sieht im Urlaub ein „soziales Schutzrecht" des Arbeitgebers.

Zusammenfassend läßt sich über den Urlaub sagen: Auf der einen Seite ist er eine besondere Art Entgelt für die geleistete Arbeit.

Die vermögensrechtliche Seite, die freilich mit Rücksicht auf den besonderen Zweck des Urlaubs nicht überspannt werden darf, äußert sich darin, daß auf den Urlaubsanspruch im Allgemeinen die Vorschriften über den Lohnanspruch entsprechend anzuwenden sind. Z. B. hat der Urlaubsberechtigte in Konkurs des Arbeitgebers ein Recht auf bevorzugte Befriedigung gemäß § 61 Konkursordnung. Die vermögensrechtliche Natur des Urlaubs zeigt sich ferner in seiner prozessualen Verfolgbarkeit.

Daneben zeigt sich die immaterielle Seite des Urlaubsanspruchs, die den Urlaub zu einem Anspruch eigener Art macht, der keinem der sonstigen Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag vergleichbar ist. Als solcher ist der Urlaub unveräußerlich und unvererblich. Wallichs S. 9 ff. erkennt die Sonderstellung des Urlaubs ebenfalls an, bestreitet jedoch die Gleichstellung der beiden Unteransprüche, da die Geldzahlung nur aus sozialen Zweckerwägungen beruhe, u. E. eine Verkennung der in den letzten Jahren stattgehabten Entwicklung.

Zunft[6]) sieht in der Urlaubsabrede eine bei Eingehung des Vertrags vereinbarte Beschränkung der Arbeitspflicht. Der Arbeitnehmer hat nicht ein Jahr Arbeit zu leisten, sondern ein Jahr — x Tage Urlaub. Diese Auffassung wird dem Wesen des Urlaubs gerecht und vermeidet die Konstruktion des Erlaßvertrags, die angesichts der Tatsache, daß die Urlaubsabrede bei Eingehung des Vertrags schon tariflich bestimmt und somit Bestandteil des Arbeitsvertrags ist, von einem Erlaß, d. h. von der vertraglichen Aufhebung einer an sich bestehenden Verpflichtung, also keine Rede sein kann, auch reichlich doktrinär ist. Der Polemik Nikisch's[7]), daß die Ansicht Zunft's eine von vornherein genau bestimmte Dauer des Arbeitsvertrags und des Urlaubs voraussetze, ist nicht stichhaltig, da die Beschränkung im Verhältnis der geleisteten Arbeit vereinbart sein muß. Wie Zunft auch Daenzer-Vanotti[9]).

---

[6]) A. Z. f. A. 1926 S. 189.
[7]) a. a. O.
[8]) a. a. O.

§ 9.

Anhang: Werksbeurlaubung.

Sie ist ein von dem Urlaub prinzipiell verschiedener Fall des Wegfalls der Arbeitspflicht. Wie beim Urlaub hat sich auch bei der Werksbeurlaubung eine Regelung erst nach dem Krieg herausgebildet, da die sich aus der Werksbeurlaubung ergebenden Fragen erst durch die Nachkriegszeit und die mit ihr verbundenen wirtschaftlichen Störungen akut wurden. Der Unterschied vom Urlaub liegt in den verschiedenen Zwecken. Die Werksbeurlaubung spielt da eine Rolle, wo ein Arbeitgeber gezwungen ist, für einige Zeit den Betrieb zu schließen oder einzuschränken und doch seine Arbeiter, besonders die mit dem Betrieb vertrauten, nicht verlieren will. Auch der Arbeiter hat unter Umständen ein Interesse daran, trotz momentaner Arbeitslosigkeit seine Stelle nicht ganz zu verlieren, besonders mit Rücksicht auf die durch längere Betriebszugehörigkeit erworbenen Rechte. Diese beiderseitigen Interessen führen dazu, daß der Arbeitgeber mit den betroffenen Arbeitnehmern einen Vertrag schließt, daß für eine bestimmte Zeit die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag suspendiert werden, ohne daß dieser selbst ein Ende findet. Es handelt sich um einen Vertrag. Einseitig etwa auf Grund seines Direktionsrechts kann der Arbeiter nicht Aussetzen anordnen [1]). Nach der richtigen Ansicht von Fuchs [2]) handelt es sich um einen Vertrag, der die Erhaltung der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers bezweckt.

Besonders wichtig war die Werksbeurlaubung, als während des passiven Widerstands im Ruhrkampf sämtliche Betriebe geschlossen wurden.

Aus der Besonderheit der Werksbeurlaubung, dem Urlaub gegenüber ergibt sich, daß der Arbeitnehmer während der Werksbeurlaubung berechtigt ist, anderweitige Lohnarbeit zu leisten [3]). Es fehlt der Erholungszweck und der Arbeitnehmer ist auf anderweitigen Verdienst angewiesen.

Sehr strittig war auch die Frage, ob der Arbeitnehmer für die Zeit der Werksbeurlaubung Anspruch auf Erholungsurlaub hat. Die Meinungen in der Judikatur sind außerordentlich geteilt. Ein

---

[1]) So Dickhaupt a. a. O.
[2]) Jur. W. 1924 S. 1854.
[3]) Ebenso Erdel Schl.W. 1926 S. 4 und S. 49 Strunden N. Z. f. A. 1924 S. 406.

Urteil des LG. Aachen vom 30. 12. 24[4]) bestimmt, daß die Arbeiter den sonst üblichen Urlaub erhalten, da durch den passiven Widerstand nach den Abmachungen mit den Arbeitnehmern ihre Rechte nicht hätten beeinträchtigt werden sollen. Auch Gewerbegericht Schleiden (Datum unbekannt)[5]) kommt zur gleichen Ansicht.

Entgegengesetzt verweigert LG. Kleve vom 30. 9. 27[6]) den Urlaub, da durch das lange vorherige Feiern der Urlaubszweck entfalle.

Nicht auf den passiven Widerstand bezieht sich GG. Waldenburg vom 18. 11. 25[7]), das bei 8 Wochen Werksbeurlaubung im Jahr den Urlaubsanspruch anerkannt.

Für die neuere Judikatur sind von Bedeutung die Urteile des Reichsarbeitsgerichts vom 30. 11. 27[8]), das das Wesen der Werksbeurlaubung im Ruhen der vertraglichen Pflichten sieht. Hängt ein Anspruch der Vergünstigung lediglich von der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab, so steht diesem eine dazwischenliegende Werksbeurlaubung nicht entgegen. Außerdem kann auch für die Dauer der Werksbeurlaubung Urlaub erworben werden. Auf dem gleichen Standpunkt steht LAG. Nürnberg vom 15. 9. 27 (Schlichtungswesen 1927 Spalte 774). Richtiger Ansicht nach wird man im Zweifel den Lohnanspruch verneinen. Bei der heutigen schweren Krise kann man dem Arbeitgeber eine Bezahlung unproduktiver Arbeitskräfte nicht zumuten. Gerade zur Entlastung des Betriebs bei gleichzeitig Schonung des Arbeitnehmers dient ja die Werksbeurlaubung.

4. Kapitel.

Die Voraussetzungen des Urlaubsanspruchs:

§ 10.

Die Karenzzeit.

In den Tarifverträgen findet sich häufig folgende Bestimmung. Jeder Arbeiter erhält nach ununterbrochener Tätigkeit von einem Jahr x Tage Urlaub. Der Zweck dieser Bestimmung ist klar; es

[4]) Jur. Wo. 1925 S. 284.
[5]) Zit. bei Potthoff-Jadesohn Nr. 908.
[6]) Schl. W. 1924 S. 108.
[7]) Gewerkschafts-Zeitung f. Arb.Recht 1926 S. 22.
[8]) Bensh. Band 1 S. 42.

soll verhindert werden, daß der Arbeiter bald nach seinem Dienstantritt seinen vollen Jahresurlaub nimmt und dann ausscheidet. Sie stellt sonach eine Art Bewährungsfrist dar.

Sie ist einer doppelten Auslegung fähig:

1. Der Arbeiter hat schon für das erste Jahr Anspruch auf Urlaub und erhält ihn im zweiten.
2. Er hat im ersten Jahr keinen Anspruch auf Urlaub, dieses Jahr ist als sogen. Sperrjahr zu behandeln.

Man spricht hier von der Abmachung einer Wartezeit (Karenzzeit, Sperrjahr, Bewährungsfrist genannt). Die rechtliche Natur dieser Abmachung ist in der Literatur strittig, sie wird von der herrschenden Meinung [1]) als aufschiebende Bedingung aufgefaßt. Der Urlaubsanspruch ist aufschiebend bedingt durch die Erreichung des Endes der Wartezeit. Mit Ende der Wartezeit ist Anspruch auf Urlaub entstanden, vor diesem Zeitpunkt besteht nur eine „klaglose Anwartschaft" [2]), die sich nach Erreichung der Wartezeit zu einem klagbaren Anspruch verdichtet. In Konsequenz dieser Auffassung hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Urlaub, wenn er vor Erreichung der Wartezeit aus irgendeinem Grunde aus dem Betrieb ausscheidet [3]), wobei nach § 162 BGB. dann eine Ausnahme gemacht wird, wenn der Arbeitgeber die Erreichung der Wartezeit gegen Treu und Glauben durch Kündigung verhindert.

Simson [4]) sieht in der Wartezeit keine Bedingung, sondern lediglich eine Befristung. Der Urlaubsanspruch entsteht an und für sich schon bei Eingehung des Arbeitsvertrags ebenso wie der Lohnanspruch, aber seine Fälligkeit ist noch hinausgeschoben. Simson verneint für diese Fälle die Anwendung von § 162 BGB. und gibt dem Arbeitnehmer nur einen allerdings sehr problematischen Schutz nach § 826 BGB.

Richtig ist es, in der Abrede einer Wartezeit normalerweise nur eine Abrede über die Fälligkeit zu sehen [5]). Das führt in der Praxis zu billigeren Ergebnissen, wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf der Wartezeit den Betrieb verläßt. Selbstverständlich können tarifliche Bestimmungen eine andere Regelung treffen.

---

[1]) Kaskel 3. Auflage S. 158, Specovius A. Z. f. A. 1925, 443, Hueck-Nipperdey S. 235, Daenzer-Banotti a. a. O., Wallichs S. 10.

[2]) Jaerisch a. a. O.

[3]) Kaskel a. a. O.

[4]) A. Z. f. A. 1929 S. 130.

[5]) Ebenso Zunft a. a. O.

Manchmal hat die Abmachung einer Karenzzeit auch den Zweck, den Urlaubsanspruch für das erste Jahr ganz in Wegfall zu bringen, sodaß erst im zweiten Jahr ein Anspruch auf Ferien entsteht, der dann gleich im zweiten Jahr erfüllt wird. Wichtig wird die Frage, wie die Vereinbarung einer Wartezeit aufzufassen ist, wenn das Arbeitsverhältnis etwa im zweiten Jahr gekündigt wird. Erhält der Arbeiter dann neben seinem Urlaub für das erste Jahr noch Teilurlaub für den angefangenen Teil des zweiten oder entfällt der Urlaub für das erste Jahr ganz? Wie die Tarifbestimmungen im Zweifel aufzufassen sind, darüber herrscht Streit in der Literatur. Das Wesen der Karenzzeit sehen manche, so z. B. Daenzer [6]) in einem Verzichtvertrag, durch den der Arbeitnehmer auf den Urlaub für das erste Jahr verzichtet. Wohl mit Unrecht, da ja der Arbeitnehmer gar keinen Anspruch auf Urlaub im ersten Jahr hätte.

Goerrig [7]) steht im Anschluß an ein Urteil des Gewerbegerichts Bonn vom 19. 12. 24 (abgedruckt bei Goerrig) auf dem Standpunkt, daß der Urlaub im allgemeinen für das laufende Jahr gewährt wird, daß also das erste Jahr als Sperrjahr (ohne Urlaubsanspruch) zu gelten hat. Das Gewerbegericht kommt zu dieser Auffassung durch einen Vergleich mit den Schulferien und durch Betrachtung des Zwecks des Erholungsurlaubs, der mangels anderer Bestimmungen als Vergütung für das laufende Jahr aufzufassen sei und auch Erholung für dieses, nicht für das vergangene sei. Auch würde eine Urlaubserteilung für das erste Jahr dem Zwecke der Festsetzung einer Wartezeit widersprechen.

Gegen Goerrig erhebt Dissinger [8]) mit Recht den Einwand, daß ein Vergleich des Erholungsurlaubs mit den Schulferien hier nicht angehe und daß der Urlaub für bereits geleistete Dienste gewährt werde, sich sonach nur auf das vergangene Jahr beziehen könne. Wenn auch Dissinger diese Frage für von untergeordneter Bedeutung hält, so kommt er doch praktisch zu einer Goerrig entgegengesetzten Auffassung, indem er bei Austritt des Arbeiters nach $1\frac{1}{2}$ Jahren dem Arbeiter Anspruch auf Urlaub für das erste Jahr, der sowieso im zweiten zu gewähren ist, dann aber noch Anspruch auf Urlaub für ein weiteres halbes Jahr gewährt. Nikisch hält diese Frage ebenfalls für belanglos, da der Arbeiter, wenn der Tarifvertrag nach einjähriger Tätigkeit einen bestimmten Urlaub vorsehe, diesen erhalte, auch wenn er nicht das ganze Jahr im Betrieb sei. Wie es jeweils gehalten werde, sei Vereinbarungssache. Das ist irrig,

[6]) a. a. O.
[7]) Schl. W. 1925 S. 12.
[8]) A. Z. f. A. 1926 S. 595.

die meisten Tarifverträge enthalten keine klare Vereinbarung. Beim Austritt des Arbeitnehmers entstehen erfahrungsgemäß sehr häufig Streitigkeiten. Leider enthält auch der Entwurf des Arbeitsvertragsgesetzes (§ 93) keine klare und eindeutige Regelung.

Das Reichsarbeitsgericht hat zu dieser Frage schon verschiedentlich Stellung genommen und sie je nach dem vorliegenden Tarifvertrag verschieden beantwortet. In seiner Entscheidung vom 12. 1. 1929 [9]) Akt.Z. 463/28, die sich auf die tarifliche Regelung bei den Hamburger Straßen- und Kleinbahnen (Deutscher Verkehrsbund und Deutscher Metallarbeiterverband) bezieht und die Bestimmung dieses Tarifvertrags auslegt: „Der Arbeiter hat nach einjähr. Tätigkeit 7 Tage Urlaub" steht es mit Rücksicht darauf, daß der Urlaub zur Erholung des Arbeiters für die geleistete Arbeit bestimmt wird, auf dem Standpunkt, daß Urlaub in der Regel für das verflossene Dienstjahr gilt, doch ließ dieses Urteil die Frage offen, ob nicht durch dauernde Behandlung des ersten Jahrs als Sperrjahr sich Anhaltspunkte für eine andere Auslegung des Tarifvertrags ergaben. Ebenso betrachtet das Urteil des RAG. vom 2. 3. 29 (411/28) [10]) das erste Jahr für die Verhältnisse in der schlesischen Metall-Industrie nicht als Sperrjahr.

Anders zwei neue Urteile des RAG. vom 1. 2. 30. (Akt.Z. 410/29) [11]) und vom 9. 4. 30 [12]). Das erstere behandelt die Verhältnisse im Kölner Speditionsgewerbe. In § 7 Ziff. 5 des einschlägigen Tarifvertrags war dem Arbeitnehmer ein anteiliger Urlaub zugesprochen, wenn der Arbeitgeber 6 Monate nach Beginn des zweiten oder eines weiteren Urlaubsjahres kündigte und daß der Arbeitnehmer, der vor Ablauf dieser Zeit kündigte, keinen Anspruch auf Teilurlaub habe. Das RAG. steht auf dem Standpunkt, daß bei der ganz allgemeinen Fassung des Tarifvertrags die Parteien es sicher zum Ausdruck gebracht hätten, wenn dem Arbeitnehmer neben diesem Teilurlaub im letzten Jahr noch Urlaub vom vergangenen zugestanden hätte. Aus dem Schweigen des Tarifvertrags könne man auf die gegenteilige Absicht schließen. Das Urteil stellt sich also zu den beiden vorhergehenden in einem gewissen Gegensatz.

Das zweite Urteil beschäftigt sich mit dem Tarifvertrag des Mitteldeutschen Braunkohlen-Bergbaus. Dieser bestimmt in § 10,

[9]) Kart. Kallee Einzelfragen 7.
[10]) Amtl. Samml. Band 3 Seite 274.
[11]) Amtl. Samml. Band 5 Seite 79.
[12]) Kart. Kallee Einzelfragen.

daß das Urlaubsjahr vom 1. 4. bis 31. 3. geht, daß die Voraussetzung eine halbjährige Beschäftigung sei, der Urlaub bei einjähriger Tätigkeit 4 Tage, bei 4jähriger 6 Tage usw. betrage und daß ausscheidende Arbeiter Anspruch auf einen Teil des Urlaubsentgelts haben, welcher ihrer Tätigkeit innerhalb des letzten Jahres entspricht. Aus diesen Bestimmungen schließt das RAG., daß unter Urlaubsjahr nicht das Jahr zu verstehen sei, in dem der Arbeiter durch seine Tätigkeit sich den Urlaub verdient habe, sondern das Jahr, in dem er Urlaub zu nehmen berechtigt sei. Die Dauer des Urlaubs richte sich nach den Bestimmungen des § 10 Ziff. 3, werde aber durch die Bestimmungen der Ziff. 10 beschränkt, wonach der Arbeiter nur Teilurlaub erhält, wenn er während des für die Urlaubserteilung bestimmten Jahres ausscheidet; dadurch werde der Urlaub, der zwar grundsätzlich Entgelt für die geleistete Arbeit sei, in Beziehung zum Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses gebracht. Auch ergebe sich die Richtigkeit dieser Auffassung aus der Entstehungsgeschichte. § 10 sei erst nachträglich durch Schiedsspruch vom 23. 1. 27 zugefügt. Vorher hätten beim Ausscheiden nur die Arbeiter Urlaub erhalten, bei denen er vor dem Tag des Weggangs in der Urlaubsliste vorgemerkt war.

Auch das Urteil des RAG. vom 16. 10. 29 [13]) behandelt das erste Jahr als Sperrjahr. Tarifliche Bestimmungen (Rheinisch-Westfälische Straßenbahnen) sind zwar dieselben wie die im entgegengesetzten Urteil vom 12. 1. 29 (s. o.), dagegen ergibt sich für dieses Gebiet aus der Vorgeschichte der tariflichen Bestimmungen, da die tariflich festgesetzte Spruchbehörde stets das erste Jahr als Sperrjahr behandelt habe, für die Rheinisch-Westfälischen Straßenbahnen eine andere Auslegung, auch sei anläßlich einer Tarifänderung am 3. 2. 27 der von der Arbeitnehmerseite gemachte Vorschlag, daß der Tarifvertrag eine dem Standpunkt der Arbeitnehmer entsprechende Fassung erhalte und das erste Jahr nicht als Sperrjahr zu betrachten sei, abgelehnt worden. Auch ergebe ein Vergleich mit dem Reichsmanteltarifvertrag für Straßen-, Klein- und Privatbahnen ebenfalls das Vorliegen eines Sperrjahrs.

Das AG. Stuttgart hat in seinem Urteil vom 20. 6. 29 Akt.Z. P 1471/29 (unveröffentlicht) zu der Regelung bei den Stuttgarter Straßenbahnen Stellung genommen. Der Tarifvertrag schrieb ebenfalls vor, daß der Arbeiter nach ununterbrochener einjähriger Beschäftigung 3 Tage Urlaub habe. Das AG. steht auf dem Standpunkt, daß das erste Jahr nicht als Sperrjahr zu betrachten sei.

[13]) Bensh. Samml. Band 7 S. 187.

Ebenso hat das LAG. Stuttgart in seiner Entscheidung vom 3. 9. 29[14]) die Annahme eines Sperrjahrs verneint. Das LAG. hat die Worte des einschlägigen Tarifvertrags: „Der Anspruch beginnt mit dem Ende des ersten Dienstjahres" so aufgefaßt, daß der Anspruch auf Urlaub für das vergangene Jahr beim Eintritt in das neue entsteht.

Anhang:

Die Wartezeit in den württembergischen Tarifverträgen.

Die meisten württ. Tarifverträge haben eine Wartezeit von einem Jahr und zwar ist der Wortlaut meist folgender:

„Der Arbeiter erhält nach ununterbrochener Beschäftigung von einem Jahr x (meist 3) Tage Urlaub."

Erwähnt sei hier vor allem Metall- und Textil-Industrie. Eine Vereinbarung, für welchen Zeitraum der Urlaub gilt und ob das erste Jahr als Sperrjahr aufzufassen sei, findet sich nirgends, es ist also nicht als Sperrjahr aufzufassen.

In dem Reichstarifvertrag für Holzindustrie und im Landestarifvertrag der Koffer-Industrie findet sich eine Karenzzeit von 4 bezw. 6 Monaten.

Keine Karenzvereinbarung findet sich in der Schuh-Industrie, die eine allgemeine Urlaubswoche für sämtliche Arbeiter hat, die in dieser Woche im Betrieb beschäftigt sind. In der Schwarzwälder Uhren-Industrie findet sich die Besonderheit, daß auf die Karenzzeit von einem Jahr bei Arbeitern über 25 Jahren die Zeit angerechnet wird, die sie unmittelbar vorher in einer anderen Firma des gleichen Tarifverbands waren.

Besonderheiten ergeben sich bei Betrieben mit Saison-Beschäftigung. Der Reichstarifvertrag der chemischen Industrie sieht in § 12 Ziff. 14 für Saison-Arbeiter Anspruch auf Urlaub vor, wenn diese jeweils während der Saison der letzten 3 Jahre vorher in demselben Betrieb tätig waren. In dem Tarifvertrag des Hoch-, Tief- und Betonbaubetriebs beträgt die Karenzzeit 36 Wochen. Wird der Arbeiter aus betriebstechnischen Gründen (Witterung, Arbeitsmangel u. a.) entlassen und binnen 30 Wochen wieder eingestellt, so wird die Zeit vor der Entlassung auf seine Dienstzeit angerechnet.

[14]) Zit. bei Kallee Einzelfrag. 26.

Für die Sommerbetriebe der Ziegelei-Industrie gilt nach § 15 des Tarifvertrags eine ähnliche Regelung. Saison-Arbeiter erhalten in der Saison (Campagne) die Hälfte des für ständige Arbeiter bestimmten Urlaubs. Die einzelnen Campagnen gelten dabei als Arbeitsjahre.

§ 11.

Die Dauer der Beschäftigung.

Die Dauer des zu erhaltenden Urlaubs steigt, je länger der Arbeitnehmer beruflich tätig ist. Der Arbeiter erwirbt mit längerer Berufstätigkeit mehr Kenntnisse und Fähigkeiten, seine größere Vertrautheit mit den Betriebsverhältnissen kommt diesem zugute, es liegt also nahe, ihm durch Gewährung längeren Urlaubs an den Betrieb zu fesseln und sich dadurch einen Stamm von qualifizierten Arbeitern heranzuziehen. Daraus erklärt sich die in fast allen Tarifverträgen, sowie im Entwurf (vgl. § 94 Entw.) eines Arbeitsvertragsgesetzes zu Tage tretende Tendenz, den Urlaub mit der Länge der Zeit zu steigern. Der Urlaub beginnt meist mit einer Dauer von 3 Tagen, nach einjähriger Beschäftigung und steigt bis zur Dauer von 12—14 Arbeitstagen, meist nach 12jähriger Dienstzeit. Auf die Dauer in den einzelnen Tarifverträgen einzugehen würde zu weit führen.

Der Entwurf beginnt mit einem Mindesturlaub von 3 Tagen, der sich bei längerer Dauer des Arbeitsverhältnisses bis zur Höhe von 9 Tagen steigert. Der höhere Mindesturlaub ist nach § 104 E abdingbar.

Die Art der Berechnung der maßgebenden Zeit ist verschieden. Im Gegensatz zu den kaufmännischen Angestellten, bei denen sich der Urlaub sehr häufig nach den Berufsjahren richtet, werden den Arbeitern die Jahre der Beschäftigung im selben Betrieb angerechnet. Die Berufsdauer spielt z. B. eine Rolle im Reichstarifvertrag des Lithographengewerbes, wo der Arbeiter für je 3 Jahre die er im Beruf bei anderen Firmen zugebracht hat, bei der Urlaub erteilenden Firma einen Tag Urlaub erhält.

Wo die Berufsdauer entscheidend ist, ist kürzere Arbeitslosigkeit nicht als Unterbrechung anzusehen. Es spielt hier der Gedanke der sogen. Berufstreue herein. Das RAG. hat in seinem Urteil vom 28. 3. 28 Akt.Z. 104/27 [1]) (Deutsche Ledertreibriemen-Industrie) ent-

[1]) Amtl. Samml. Band 1 S. 324.

schieden, daß halbjährige Tätigkeit in anderem Beruf infolge Arbeitsmangel oder eine beliebig lange Unterbrechung durch Krankheit nicht als Unterbrechung der Berufsdauer gilt. Das ist schon im einschlägigen Tarifvertrag festgesetzt. Das RAG. dehnt dies auch auf Fälle aus, wo der Arbeitnehmer infolge Arbeitsmangels länger als ein halbes Jahr arbeitslos war (gebilligt von Gros in Kart. Kallee).

Manchmal werden auch die Beschäftigungsjahre bei anderen Firmen der Tarifverbände mitgerechnet, wie z. B. bei den Elektrizitätswerken und in der Schwarzwälder Uhren-Industrie.

Das Lebensalter spielt eine Rolle, z. B. im Reichstarifvertrag der Chemischen Industrie § 12 Ziff. 6, wo Dienstjahre vor vollendetem 20. Lebensjahr bei der Berechnung der Dienstzeit nicht angerechnet werden.

Bei der Berechnung der Dienstzeit ist nicht auf die Person des Arbeitgebers abzustellen. Wechselt dieser etwa durch Tod oder Einzelnachfolge (z. B. Verkauf des Betriebs) und übernimmt der Rechtsnachfolger die vom früheren Arbeitgeber eingestellten Arbeiter, so ist nicht einzusehen, daß der Arbeiter dann um die aus seiner langen Dienstzeit erwachsenen Rechte kommen soll; gleichgültig ist es dabei, ob der neue Arbeitgeber in die alten Dienstverträge eintritt, oder mit dem gleichen Arbeitnehmer neue abschließt. Diese Gesichtspunkte bestimmen schon das Urteil des Gewerbegerichts Berlin, vom 6. 2. 24.[2]), das sich auf die Berechnung der Beschäftigungsdauer wegen der Abgangsentschädigung nach § 84 Betriebsrätegesetz bezieht. Völlig unberechtigt ist es, wenn das G.G. Freiburg i. B. Urteil vom 7. 11. 24[3]) die für den Erwerb des Urlaubsanspruchs laufende Frist als unterbrochen ansieht, wenn der bisherige Arbeitgeber seinen Betrieb verpachtet, da dann ein Wechsel in der Person des Arbeitgebers einträte.

Es ist bei dieser Frage schon rein aus Billigkeitsgründen zu beachten, daß der neue Arbeitgeber durch die lange Dienstzeit des Arbeitnehmers und seine Vertrautheit mit dem Betrieb Nutzen hat. Sodann spielen hier nicht bürgerlich-rechtliche, sondern arbeitsrechtliche Gesichtspunkte eine Rolle. Es kommt nicht auf die Person des Arbeitnehmers als eine natürliche oder juristische Person an, sondern auf die Einheitlichkeit des Betriebs. Der Betrieb als wirtschaftlicher Faktor ist von der Person des ursprünglich vertragsschließenden Betriebsinhabers zu abstrahieren. Diesen sogen. Ge-

[2]) Gew.K.G. 1924 S. 267.
[3]) Zit. bei Potthof-Jadesohn S. 894.

danke der „Wirtschaftlichen Kontinuität" hat das RAG. im Urteil vom 8. 2. 28 (46/27 [4]) zum Ausdruck gebracht. Es greift zurück auf ein früheres Urteil vom 6. 10. 27 [5]), in welchem es sich um den Begriff der Rechtsnachfolge im Sinn des § 2 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. 7. 26 (R.G.Bl. 1 S. 399) handelte. Eine Rechtsnachfolge ist hiernach ohne Rücksicht auf die Rechtsform gegeben, wenn ein Unternehmer den Betrieb eines anderen übernimmt, ohne wesentliche Veränderung des Geschäftsbetriebs und dabei die alten Arbeitnehmer in ihrem früheren Wirkungskreis weiterbeschäftigt, sei es auf Grund Eintritts in das alte Dienstverhältnis oder neuen Vertrags. Da es sich beim Fall des Urlaubs um den gleichen Grundgedanken handelt wie beim Kündigungsschutz, nämlich Erhaltung der durch längere Dienstzeit erwachsenen Rechte des Arbeitnehmers bei Wechsel des Betriebsinhabers, hat das RAG. die Grundsätze der vorerwähnten Entscheidung mit Recht dem neuen Urteil zu Grunde gelegt und den arbeitsrechtlichen Begriff der Kontinuität des Unternehmens als wirtschaftlichen Betriebsorganismus unter Berücksichtigung des Fortbestehens des ursprünglichen Betriebszwecks geschaffen. Diese hat das RAG. mit Recht angenommen, als einer der bisherigen Vorstandsmitglieder der unter Geschäftsaufsicht gekommenen A.G., der zugleich der Hauptgläubiger war, den Betrieb übernahm und im alten Umfang fortführte. Auch in einem neueren Urteil vom 16. 4. 30 (536/29) [6]) (Tarifvertrag für das Gaststättengewerbe in Münster i. W.) hat das RAG. die Einheitlichkeit des Betriebs bei Wechsel des Pächters bejaht.

§ 12.

Die Unterbrechung der Beschäftigungsdauer und ihre Wirkung auf den Urlaubsanspruch.

Es wird selten vorkommen, daß ein Arbeiter während längerer Dauer seines Arbeitsverhältnisses ununterbrochen arbeitet. Krankheit und vor allem die Folge der heutigen Wirtschaftskrise, Schließung des Betriebs aus technischen Gründen (Umbau, Materialmangel u. a.) bringen hin und wieder eine mehr oder minder große

[4]) Amtl. Samml. Band 1 S. 153.
[5]) Amtl. Samml. Band 1 S. 7 (1/27), bekämpft von Gros in Kartei Kallee.
[6]) Amtl. Samml. Band 5 S. 327.

Unterbrechung der Beschäftigung. Es ist klar, daß man das in den meisten Tarifverträgen aufgestellte Erfordernis einer ununterbrochenen Beschäftigung nicht allzustreng auffassen kann, denn sonst käme wohl kein Arbeiter in den Genuß eines längeren Urlaubs. Falsch ist es, wenn Ertel[1]) darauf abstellt, wie der Tarifvertrag laute: Wenn von einer ununterbrochenen Dauer des Vertragsverhältnisses die Rede sei, würde der Erwerb von Rechten aus längerer Beschäftigungszeit, also auch von höherem Urlaub durch solche Unterbrechungen der Arbeit, die das Arbeitsverhältnis als solches unberührt lassen, nicht in Frage gestellt. Sei dagegen von einer ununterbrochenen Tätigkeit die Rede, so sei auf die wirklich geleistete Arbeit abzustellen. Durch Aussetzen u. a. werde also die Frist zum Urlaubserwerb unterbrochen. Diese Auffassung bedeutet eine zu starke Pressung des Wortlauts der meist ungenauen Tarifverträge und würde zu Unbilligkeiten führen. Gegen diese Ansicht daher auch G. G. Reichenbach i. V. vom 9. 9. 24, das den Ausdruck Tätigkeit in vielen Tarifverträgen als Dauer des Vertragsverhältnisses ohne Rücksicht auf wirklich geleistete Arbeit auslegt.

Es ist vielmehr ganz allgemein darauf abzustellen, ob durch die Unterbrechung das Vertragsverhältnis aufgelöst wird, oder ob lediglich ein vorübergehendes Ruhen der vertraglichen Verpflichtung eines oder beider Teile eintritt.

I. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit nachfolgendem Abschluß eines neuen Arbeitsvertrags.

1. Der wichtigste Fall ist die Aussperrung, die eine durch den Arbeitskampf hervorgerufene Kündigung mit gleichzeitigem Angebot neuer Einstellung ist[2]). Hier wird die Beschäftigungsdauer unterbrochen und beginnt nach der Neueinstellung wieder von vorne. Wallichs (S. 54) macht hier geltend, daß die Parteien gar keine endgültige Lösung beabsichtigten und daß bei Zugrundelegung der Kaskel'schen Ansicht Härten entstehen, die eine mit dem Zweck der Beendigung des Arbeitskampfs unvereinbare Erbitterung erzeugen. Letzteres ist zuzugeben, aber an der Rechtsnatur der Aussperrung, die nun einmal eine Kündigung ist, — ohne Rücksicht auf das zu-

[1]) Schli.We. 1926 S. 5.

[2]) Kaskel S. 380 anderer Ansicht Wallichs S. 54 und Hueck-Nipperdey § 47 III 1.

grundeliegende Motiv — ändert das nichts[3]). Die Tarifparteien haben es in der Hand und meist wird bei Beendigung des Arbeitskampfs davon Gebrauch gemacht, durch Vertrag die Arbeitnehmer ausdrücklich oder stillschweigend wieder in ihre alten Rechte einzusetzen. Auch ein allgemeines Verbot, daß aus Anlaß des Arbeitskampfs Maßregelungen stattfinden, ist in der Regel so aufzufassen, wie man überhaupt bei der Annahme einer stillschweigenden Wiedereinsetzung sehr weit gehen kann (ebenso Wallichs).

Der Schlichtungsausschuß Krefeld (Entscheidung vom 8. 6. 23)[4]) versagt nach der Neueinstellung des Arbeitnehmers nach Beendigung des Arbeitskampfs ebenfalls den Urlaubsanspruch.

2. Militärische Dienstleistungen. Da die Wehrpflicht heute aufgehoben ist, handelt es sich nur um frühere Kriegsteilnehmer. Die Frage verliert deshalb von Jahr zu Jahr an Bedeutung. Die Einberufung des Arbeiters zum Kriegsdienst wird in den meisten Fällen das Arbeitsverhältnis zum Erlöschen bringen. Die Arbeitszeit beginnt somit, wenn der Arbeiter nach Kriegsende bei seinem früheren Betrieb wieder eintritt, von neuem. Ohne Weiteres kann die Kriegszeit nicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses angerechnet werden. Vor allem ließe sich eine solche Auffassung nicht mit den Bestimmungen der Verordnung über Entlassung und Einstellung von Kriegsteilnehmern vom 8. Februar 1920 (RGBl. S. 218) begründen. Diese Verordnung bezweckt keine völlige Gleichstellung der Kriegsteilnehmer mit den Nichtkriegsteilnehmern. Der Kriegsteilnehmer soll also nicht so gestellt werden, als ob sein Arbeitsverhältnis nie unterbrochen worden wäre. § 3 der Verordnung redet von der Verpflichtung der Arbeitgeber, den früheren Arbeitnehmer wieder einzustellen. Es handelt sich hier um eine Nachwirkung des früheren Arbeitsvertrags, um eine privatrechtliche[5]) klagbare Verpflichtung des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer gegenüber, um einen Kontrahierungszwang. Weitergehende Folgerungen können daraus nicht gezogen werden.

Wollen die Tarifvertragsparteien, daß die Kriegsteilnehmer besser gestellt werden, so müssen sie dies vertraglich vereinbaren. Das kann auf zwei Arten geschehen: a) Die Kriegsjahre werden ohne Einschränkung als Dienstzeit angerechnet. Ist der Arbeiter 1912 eingetreten und war er von 1914—1918 im Feld, dann hat er eine 18jährige ununterbrochene Dienstzeit im Jahre 1930 hinter sich.

[3]) Ebenso Kartei Kallee.
[4]) Schli.We. 1923 S. 213.
[5]) Kaskel § 25 II

Diese Regelung ist getroffen in folgenden Tarifverträgen:

Leder-Industrie § 10 b, Reichstarif der Schokolade-Industrie § 15,4, Buchdrucker-Tarif § 10, 7 und Metall-Industrie § 6 III. Ebenso z. B. im Tarifvertrag der bayerischen Metall-Industrie vom 1. 8. 1927. Zu beachten das darauf beruhende Urteil des RAG. vom 8. 2. 28 [6]).

b) Die andere Berechnungsart, daß die volle Zeit von 1912 bis 1930 berechnet wird unter Ausschluß der Kriegszeit findet sich in Württemberg nirgends.

3. Den Fall der Unterbrechung des Arbeitsvertrags durch Ueberweisung zur Erwerbslosen-Fürsorge behandelt das Urteil des GG. Düren vom 7. 8. 24 (zit. bei Potthoff-Jadesohn Nr. 902) und kommt zur Auffassung, daß diese das Arbeitsverhältnis unterbricht, auch wenn eine Zugehörigkeit zur Belegschaft noch weiter besteht.

II. Unterbrechung der Arbeitspflicht ohne Beendigung des Vertrags.

1. Krankheit.

Diese bildet keine Unterbrechung des Arbeitsvertrags, die bereits entstandene Anwartschaften zum Erlöschen bringt. Auch ohne tarifliche Regelung — meist wird die Nichtunterbrechung des Arbeitsvertrags durch Krankheit (auch durch längere) tarifvertraglich bestimmt — ergibt sich dies schon durch die Erwägung, daß es eine Unbilligkeit bedeutet, Arbeitern, die vielleicht 10 Jahre im Betrieb waren, durch eine wenn auch längere Krankheit ihrer ganzen Anwartschaften zu berauben, sowie aus dem Gesichtspunkt, daß Krankheit keine Unterbrechung des Arbeitsvertrags ist. Bei kürzerer Krankheit kommt man zu diesem Resultat schon durch die Anwendung des § 616 BGB. [7]), der unbedenklich auch auf den Urlaubsanspruch angewendet werden kann, da § 616 nicht nur den Lohnanspruch, sondern jede Vergütung aus dem Arbeitsvertrag im Auge hat. Auch LAG. Frankfurt/Main vom 22. 9. 27 [8]) läßt dem Arbeitnehmer bei Unterbrechung seiner Tätigkeit durch Krankheit die bisher erworbenen Rechte.

---

[6]) Kartei Kallee Einzelfragen.

[7]) Ebenso Warncke Kartei „Url. u. Künd.".

[8]) Bensh. L.A.G. Band 2 S. 1 Nr. 1.

2. Werksbeurlaubung.

Auch bei dieser wird nicht der Arbeitsvertrag, sondern lediglich die Beschäftigung unterbrochen, wie schon oben § 8 festgestellt wurde. Erwähnt sei hier noch — außer dem § 9 angeführten sich auf die spezielle Frage des passiven Widerstands beim Ruhrkampf beziehenden Urteile, noch das Urteil des LAG. Nürnberg vom 15. 9. 27 [9]), dem sich das RAG. in seiner Entscheidung vom 30. 11. 27 [10]) angeschlossen hat.

In den württ. Tarifverträgen finden sich Vorschriften über die Nichtunterbrechung durch Krankheit fast allgemein, sehr häufig bis zur Dauer einer Krankheit von 6 Wochen. Daneben finden sich Vorschriften, daß die Werksbeurlaubung nicht als Unterbrechung gilt, z. B. im Tarifvertrag der Metall-Industrie § 6, Textil-Industrie § 15 c, Holz-Ind. § 15, 9.

Anhang: Der Entwurf trifft in § 51 die Bestimmung, daß geringfügige Uebertretungen dann nicht als Unterbrechung gelten, wenn diese Berücksichtigung eine unbillige Härte für den Arbeitnehmer bedeuten würde.

§ 13.

Die Urlaubsperiode.

In der Natur des Urlaubs als eines dem Lohnanspruch verwandten Anspruchs aus dem Arbeitsverhältnis liegt es, daß er wie der Lohnanspruch für eine genau begrenzte Zeitspanne erworben wird [1]). Dieser Zeitabschnitt soll im Anschluß an die Terminologie der Kartei Kallee als „Urlaubsperiode" bezeichnet werden. Die Terminologie in den Tarifverträgen und in der Literatur ist widerspruchsvoll. Man versteht unter Urlaubsperiode häufig die Zeit, in der nach dem Tarifvertrag der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Urlaub zu gewähren; meist sind dies mit Rücksicht auf den gesundheitlichen Wert der Erholung die Sommermonate. Diese Zeit wird zweckmäßig — ebenfalls im Anschluß an die Terminologie von Kallee — als „Ferienzeit" bezeichnet. Eine genaue Unterscheidung dieser Begriffe ist zur Vermeidung von Verwirrungen und Streitigkeiten besonders in den Tarifverträgen sehr erwünscht.

Zu beachten ist, wie schon oben § 6 erwähnt, daß der Urlaub für die gesamte Urlaubsperiode verdient wird und daß die Kon-

[9]) Schli.We. 1927 Spalte 447.
[10]) Bensh. Band 1 Nr. 20.
[1]) Ebenso Nikisch S. 142 a. a. O.

struktion des LG. Dessau vom 18. 2. 25, daß mit jedem Tag Beschäftigung ein entsprechender Anteil des Urlaubs verdient wird, überflüssig ist.

Die Frage, ob als Urlaubsperiode das laufende Jahr, in dem der Urlaub gewährt wird, oder das verflossene Jahr zu behandeln ist, hängt mit der Frage zusammen, ob das erste Arbeitsjahr als Sperrjahr gilt. Wir haben diese Frage schon oben § 10 eingehend besprochen.

Meist ist als Urlaubsperiode ein Jahr vereinbart, so auch in sämtlichen württ. Tarifverträgen.

Selbstverständliche Folgerung der Beziehung der Urlaubsperiode zum Urlaubsanspruch ist es, daß, wenn für eine Urlaubsperiode bereits der Urlaub gewährt wurde, neuer Urlaub nicht mehr gefordert werden kann. Die andere von Nikisch gezogene Folgerung, daß nach Ablauf der Urlaubsperiode — gemeint ist hiermit nicht die Zeit, als Entgelt für die der Urlaub erworben wird, sondern die Zeit, in der der Urlaub gegeben werden soll — kein Anspruch auf Urlaub besteht, darüber s. unten.

Ob bei teilweisem Ablauf der Urlaubsperiode dem ausscheidenden Arbeiter Teilurlaub gewährt wird, ist bestritten. Man wird Daenzer-Vanotti Recht geben müssen, daß nach Billigkeitsgründen dem Arbeiter ein Recht auf Teilurlaub zu gewähren ist (anderer Ansicht Nikisch und Warncke). Es ist zu bebachten, daß der Arbeiter im neuen Betrieb ohnehin nicht gleich Urlaub bekommt. Die Judikatur neigt in der Mehrzahl allerdings zur entgegengesetzten Auffassung. Eine allgemein gültige Regel läßt sich nicht aufstellen. Ein Recht auf Teilurlaub ist dann zu verneinen, wenn nach dem Willen der Tarifparteien der Ablauf der ganzen Urlaubsperiode Voraussetzung für den Erwerb des Urlaubs sein sollte. Dies war der Fall im Urteil des LAG. Ulm vom 17. 10. 29 [2]). Ebenso früher das LAG. Bielefeld vom 11. 1. 28 [3]) und Dortmund vom 9. 9. 27 [4]). Anders war die Sachlage im Urteil des LAG. Frankfurt/Main vom 12. 9. 27 [5]) und vom LG. Dessau vom 18. 2. 25 [6]). Das RAG. hat zu dieser Frage nicht Stellung genommen, wo es Teilurlaub zubilligt z. B. im Urteil vom 9. 4. 30 (553/30) [7]) beruht dieser Urlaubsanspruch auf tariflicher Vereinbarung.

[2]) Bensh. Band 8 S. 79 LAG.
[3]) Bensh. Band 2 S. 115.
[4]) Bensh. Band 1 S. 65 LAG.
[5]) Bensh. Band 1 S. 68 LAG.
[6]) Schli.We. 1925 S. 134.
[7]) Amtl. Samml. Band 5 S. 339.

Meist ist in den Tarifverträgen bestimmt, daß, soweit Teilurlaub in Frage kommt, dieser nur gewährt wird, wenn vor der Teilperiode der Arbeiter ununterbrochen ein Jahr im Betrieb gearbeitet hat, d. h. der Arbeiter hat keinen Anspruch auf Urlaub für eine Teilperiode, wenn er schon vor einem Jahr aus dem Betrieb ausscheidet. Das RAG. legt in seinem Urteil vom 2. 3. 29 (411/28), [8]), das den Tarifvertrag in der Schlesischen Metallindustrie auslegt, die Bestimmung, daß der Arbeiter nach einem Jahr Betriebszugehörigkeit Urlaub für eine Teilperiode erhält, so aus, daß nur die ununterbrochene Dienstzeit in Anrechnung zu bringen ist, nicht aber eine mit Unterbrechungen zugebrachte Beschäftigung. Neben der Auslegung des Tarifvertrags, der davon spricht, daß der Arbeiter neben dem Urlaub für das zurückliegende Jahr anteiligen für das neue erhält, also auf das zeitlich unmittelbar zurückliegende Jahr abstellt, sind für die Entscheidungen auch allgemeine Erwägungen über das Wesen des Urlaubs bestimmend, daß der Urlaub zur Erholung diene, und diese nicht nötig sei, wenn der Arbeiter erst einige Monate gearbeitet habe.

Für die Erteilung des Urlaubs ist der Ablauf der Urlaubsperiode erforderlich; das ergibt sich schon aus der Rechtsnatur des Urlaubs als Entgelt für geleistete Dienste, außerdem aus seinem Zweck, zur Erholung für bereits geleistete Arbeit zu dienen.

Eine Ausnahme besteht da, wo es im Tarifvertrag ausdrücklich vereinbart ist. Das ist hauptsächlich dann der Fall, wenn das erste Jahr als Sperrjahr gilt.

Anderer Ansicht ist das RAG. in dem bereits oben angeführten Urteil vom 8. 2. 28. Der klägerische Arbeitnehmer, der seit 1919 im Betrieb der Beklagten beschäftigt war, verlangte für die Zeit vom 5. 11. 26 bis 5. 11. 27 Urlaub, den er noch vor dem 5. 11. 27 erhalten wollte. Aus der Bestimmung des Tarifvertrags, daß jeder Arbeiter einmal im Jahr Urlaub erhält, wenn er mindestens ein Jahr im Betrieb war und aus der Tatsache, daß der Arbeiter bereits seit 1919 dem Betrieb angehörte, zieht das RAG. den Schluß, daß der Arbeiter Urlaub in der Zeit vom 5. 11. 26 bis 5. 11. 27 erhält. Soweit das RAG. hier den Standpunkt vertritt, daß der Urlaub prinzipiell vor Ablauf der Urlaubsperiode fällig ist, ist diese Entscheidung abzulehnen, da nach der eigenen Auffassung des RAG. der Urlaub Entgelt für bereits geleistete Dienste ist und der Arbeitgeber nicht vorzuleisten hat [9]).

[8]) Amtl. Samml. Band 3 S. 274.
[9]) Abgelehnt auch von Groß in Kartei Kallee Einzelfrag. 1.

Anhang: Die Einwirkung der Werksbeurlaubung auf die Urlaubsperiode. Es handelt sich letzten Endes um dasselbe Problem, das oben schon besprochen wurde. War der Arbeiter während eines Teils der Urlaubsperiode werksbeurlaubt, so muß sich das auch auf den Urlaubsanspruch auswirken, der im Grunde auch nur Lohn ist und deshalb vom Ruhen der vertraglichen Verpflichtungen mitergriffen wird [10]). Außerdem wird der Arbeiter in der Regel nicht erholungsbedürftig sein, wenn er einen großen Teil des Jahres gearbeitet hat. Ein voller Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers würde außerdem den Arbeitgeber, der bei der Werksbeurlaubung selbst nur einen Teil des Jahres Verdienst hat, zu sehr belasten.

§ 14.

Der Stichtag.

Unter Stichtag versteht man den Tag, von dem aus die Tätigkeit des Arbeiters im Betrieb gerechnet wird. Er hat Bedeutung einmal für die Abgrenzung der Urlaubsperiode, dann für die Berechnung der Dienstzeit. Meist ist der Eintrittstag im Betrieb Stichtag für jeden Arbeiter. Manchmal wird für sämtliche Arbeiter ein einheitlicher Stichtag festgesetzt. Zuweilen wird der Einstellungstag ausdrücklich als Stichtag bezeichnet, z. B. im Tarifvertrag der Branntweinbrennereien. § 5 b.

Das RAG. setzt sich in seiner Entscheidung vom 7. 3. 28 Akt.Z. 87/27 [1]). mit der Frage der Berechnung der Urlaubsperiode auseinander und unterscheidet für den zugrunde liegenden Tarifvertrag der die Arbeitsverträge der kaufmännischen, technischen und Betriebs-Angestellten im Groß-Stettiner Handel regelt, ob für sämtliche Arbeitnehmer ein einheitlicher oder für jeden Arbeitnehmer ein besonderer Stichtag gilt. Während das RAG. die Frage der Behandlung des einheitlichen Stichtags offen läßt, steht es bei dem individuellen Stichtag auf dem Standpunkt, daß das Urlaubsjahr mit dem Beschäftigungsjahr zusammenfalle, da im § 13 des einschlägigen Tarifvertrags als Stichtag für Berechnung anteiligen Urlaubs beim Ausscheiden ebenfalls der Diensteintrittstag gilt. Eine Berechnung nach dem Kalenderjahr würde oft zu Unzuträglichkeiten und Ungerechtigkeiten führen.

[10]) Ebenso Fuchs, jur. Wo. 1294 S. 1854 gegen Sauer Jur. Wo. 1925 S. 220.

[1]) Amtl. Samml. Bd. 1 S. 217.

Bei einheitlicher Festsetzung eines Stichtags wird für alle Arbeiter das Urlaubsjahr von diesem an gerechnet (nicht das Kalenderjahr, wie Kallee Einzelfragen 1 irrtümlich annimmt und wie LAG. Stettin als Vorinstanz obigen RAG. Urteils annahm). Der einheitliche Stichtag hat nur die Urlaubsperiode aus betriebstechnischen Gründen einheitlich zu regeln, nicht aber als Urlaubsperiode das Kalenderjahr festzusetzen, mit dem die Arbeitsdauer in keiner Beziehung steht. Durch eine andere Regelung würde den vor dem Stichtag eintretenden Arbeitern der Urlaub für die Zeit vom Eintritt bis zum Stichtag entzogen. Diese Folgerung liegt meist nicht im Willen der Tarifparteien. Das RAG. will sie auch in seinem Urteil für die Regelung eines individuellen Stichtags vermieden haben. Generell festgesetzte Stichtage finden sich z. B. im Tarif der Textilarbeiter (§ 1 Ziffer 5), Buchdrucker (§ 1 Z. 8), Gemischte Betriebe von Heilbronn (§ 1 Z. 11).

II. Daneben ist manchmal die Erreichung des Stichtags im Betrieb Voraussetzung für den Erwerb des Urlaubs überhaupt. Wann dies der Fall ist, kann generell nicht entschieden werden. In diesem Sinn faßt den Stichtag auf ein Urteil des LAG. Elbing vom 12. 10. 27 [2]). Hier hat der Stichtag die Bedeutung, daß der Urlaub für eine im Betrieb zugebrachte Teilperiode entfällt. Da eine solche Vereinbarung eine gewisse Härte für den Arbeiter bedeutet und ihm einen Teil des Arbeitslohns entzieht, muß man mit dieser Auslegung des Stichtags sehr vorsichtig sein.

5. Kapitel.

Die Durchführung des Urlaubsanspruchs.

§ 15.

Die Erteilung des Urlaubs.

A) Mit der Erfüllung der im vorigen Kapitel genannten Voraussetzungen ist der Urlaubsanspruch entstanden, aber damit noch nicht zeitlich genau bestimmt. Der Arbeitgeber hat nunmehr die Verpflichtung, dem Arbeitnehmer innerhalb des im Tarifvertrag bezeichneten Zeitraums das Wegbleiben von der Arbeit zu gestatten. Es handelt sich also um die nähere zeitliche Bestimmung des bisher inhaltlich bestimmten, zeitlich aber noch unbestimmten Anspruchs.

[2]) Bensh. Bd. 2 S. 5 LAG.

Falsch ist es, die Erteilung des Urlaubs als Voraussetzung der Entstehung des Anspruchs aufzufassen [1]). Richtig wie auch RAG. vom 23. 3. 29 [2]) für den Tarifvertrag des Rheinisch-Westfälischen Kohlenreviers annimmt, den Urlaubsanspruch nach Erfüllung der anderen tariflichen Voraussetzungen, z. B. Ablauf der Urlaubsperiode zu gewähren.

Eine Erteilung des Urlaubs an die einzelnen Arbeiter ist dann unnötig, wenn für den ganzen Betrieb eine einheitliche Urlaubswoche besteht.

Ohne weiteres ist der Arbeitgeber nicht zur Erteilung des völligen Urlaubs verpflichtet. Richtiger Ansicht nach [3]) hat vielmehr die Initiative vom Arbeitnehmer auszugehen, indem dieser um Urlaub bittet und der Arbeitgeber ihn dann gewährt, denn dieser kann sich nicht um den Urlaub jedes einzelnen Arbeitnehmers kümmern. Als Ausfluß seines Direktionsrechts hat der Arbeitgeber einen ziemlich weiten Spielraum in der Festsetzung der Freizeit, damit er die berechtigten Belange seines Betriebs wahren kann.

B) Die Form der Erteilung.

Sie ist eine empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung des Arbeitgebers, kein Vertrag, da der Arbeiter nicht gleichberechtigter Kontrahent beim Abschluß ist, sondern sich im Allgemeinen den Anordnungen des Arbeitgebers zu fügen hat. Da es sich um eine auf den Arbeitsvertrag sich beziehende Willenserklärung handelt, ist sie wie dieser grundsätzlich formfrei. Wo eine im Betrieb allgemein übliche Form von Bekanntmachungen besteht, gilt diese auch für den Urlaub. Sehr häufig ist der Anschlag am schwarzen Brett; die Urlaubserteilung gilt hier als zugegangen, wenn der Arbeiter die Möglichkeit hat, von ihr Kenntnis zu nehmen.

Einer ausdrücklichen Erteilung des Urlaubs bedarf es nach Hueck-Nipperdey [4]) nicht, wenn von der Zeit, in der der Arbeiter seinen Urlaub zu erhalten hätte (Ferienzeit) nur so viel übrig geblieben ist, als der Arbeiter Urlaub hat. Diese Ansicht ist abzulehnen, da sehr häufig aus betriebstechnischen Gründen eine Beurlaubung gerade in diesen Tagen nicht möglich ist und eine Selbstbeurlaubung des Arbeitnehmers leicht zu Unordnung im Betrieb führen könnte, auch eine Ueberprüfung der Ferienzeit beim einzelnen Arbeitnehmer durch die Betriebsleitung zu umständlich wäre.

---

[1]) So z. B. Warncke u. a.
[2]) Amtl. Samml. Bd. 3 S. 330.
[3]) Wallichs S. 34 mit Hinweis auf ein Urteil des Gew.Ger. Hamburg v. 11. 4. 24, ebenso Jaerisch.
[4]) a. a. O. § 47., ebenso Specovius u. a. O. S. 443.

Man muß auch in dieser Hinsicht das volle Dispositionsrecht des Arbeitgebers wahren.

Eine besondere Erteilung des Urlaubs ist dann nicht nötig, wenn bereits für sämtliche Arbeitnehmer eine Urlaubsliste im Betrieb aufliegt [5]).

Nach Treu und Glauben kann man vom Arbeitgeber verlangen, daß er den Zeitpunkt für den Urlaub dem Arbeiter so rechtzeitig mitteilt, daß dieser über seine Freizeit verfügen kann.

C) Der Inhalt der Urlaubserteilung.

Auszugehen ist, wie schon oben erwähnt, von der grundsätzlichen Freiheit des Arbeitgebers bei der Bestimmung, jedoch unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Arbeitnehmers (§ 242 BGB.). Trifft der Arbeitgeber eine, die Interessen des Arbeitnehmers offenbar unberechtigt verletzende Bestimmung, so kann der Arbeitnehmer gemäß 315 BGB. eine seinen Interessen gerechte Festsetzung erwirken.

Auch der Entwurf § 96 gibt dem Arbeitgeber das Recht zur Bestimmung des Urlaubs nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Betriebs und der Arbeitnehmer.

Aus der Rechtsnatur des Urlaubs als einer Befreiung von der an sich bestehenden Arbeitspflicht ergibt sich, daß der Urlaub dann nicht gegeben werden kann, wenn die Arbeitspflicht sowieso nicht bestand oder aus irgend einem Grunde entfiel. Daher kann der Urlaub nicht auf Feiertage gelegt werden und wo Feiertage in die Urlaubszeit fallen, dürfen sie nicht miteingerechnet werden. Dies gilt selbst dann, wenn im Tarifvertrag nicht ausdrücklich von einem Urlaub von x=Arbeitstagen gesprochen wird. Anders ist es bei kaufmännischen Angestellten und bei Beamten. Diesen werden bei der Urlaubsberechnung die Feiertage miteingerechnet.

Ebensowenig kann der Urlaub in eine Zeit gelegt werden, wo der Arbeiter ohnehin an der Arbeitsleistung durch Ausübung öffentlichrechtlicher und staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten verhindert ist, da nach Artikel 161 RV. für diese Zeit sowieso Urlaub zu gewähren ist. Anders ist die Sachlage im Urteil RAG. Leipzig vom 20. 5. 28 Akt.Z. 250/28.[6]). Hier hatte die ganze Belegschaft geschlossenen Urlaub, während desselben war der klägerische Arbeiter zwei Tage als Bezirksvorstand zu einer Betriebskassensitzung abgeordnet und verlangte nun dafür Nachurlaub, da durch die Tagung der Urlaubszweck beeinträchtigt sei. Die Klage wurde abgewiesen, da der Arbeitgeber durch Beurlaubung des ganzen Betriebs seiner

[5]) Ebenso Specovius, Hueck-Nipperdey, Daenzer-Vanotti a. a. O.
[6]) Bensh. Samml. Bd. 7 S. 19.

Pflicht genügt habe und da ein Nachurlaub nicht damit zu begründen sei, daß durch diese Reise der Urlaubszweck beeinträchtigt werde, denn das sei bei vielen Staatsbürgerpflichten z. B. beim Auftreten als Zeuge vor Gericht der Fall. Etwas anderes sei es natürlich, wenn der Arbeitgeber — wofür aber der Kläger keinen Beweis hatte erbringen können — den Urlaub so gelegt hätte, in der Absicht, den Arbeitnehmer zu benachteiligen.

Da während der Werksbeurlaubung keine Arbeitspflicht besteht, so kann im Prinzip auch kein Urlaub gewährt werden [7]). Da jedoch der Entfall der Arbeitspflicht auf Vertrag beruht und der Arbeiter sehr häufig Interesse daran hat, daß er während des Entfalls seines Arbeitslohns wenigstens für kurze Zeit Geld bekommt, wird man bei vernünftiger Auslegung des Werksbeurlaubungsvertrags nichts dagegen einwenden können, daß während der Werksbeurlaubung Urlaub erteilt wird.

Auch in die Zeit einer Krankheit kann Urlaub nicht gelegt werden. Selbstverständlich ist es, wenn der Urlaub erst nach Krankheitsbeginn erteilt und in die Urlaubszeit gelegt wird. Das ist keine Erfüllung der dem Arbeitgeber obliegenden Verpflichtung der Freistellung von der Arbeit, da sowieso keine Arbeit geleistet wird.

Anders liegt die Sache, wenn der Arbeitnehmer nach Erteilung des Urlaubs schon vor Antritt desselben erkrankt. Hier könnte man auf dem Standpunkt stehen, daß der Arbeitgeber durch die Erteilung des Urlaubs bereits seiner Freistellungspflicht genügt hat [8]). Man wird jedoch nach Treu und Glauben und mit Rücksicht darauf, daß durch die Krankheit der Erholungszweck nicht erreicht würde, vom Arbeitgeber hier eine Verlegung des Urlaubs in die Zeit nach der Krankheit verlangen können [9]). Auf diesem Standpunkt steht auch das RAG. in seiner Entscheidung vom 1. 6. 29 Akt.Z. 630/28 [10]). Etwas anderes ist es natürlich, wenn der Arbeitnehmer erst nach Antritt des Urlaubs erkrankt. Hier kann dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden, daß er den Urlaub nochmal verlegt.

D) Die Beschränkung des billigen Ermessens. In sehr vielen Tarifverträgen wird das Ermessen des Arbeitgebers beschränkt durch die Festsetzung eines bestimmten Teils des Jahres, in dem normalerweise der Urlaub gegeben werden muß. Man bezweckt damit, dem Arbeiter den Urlaub in einer Jahreszeit sicherzustellen, in der die

[7]) Ebenso Erdel Schli.We. 8. Jahrg. S. 13 ff.
[8]) Ebenso Daenzer-V. a. a. O.
[9]) Ebenso Wallichs S. 58, Kaskel S. 158, Warncke Kartei.
[10]) Bensh. Band 6 S. 139.

Erholung möglichst vollständig ist. Auf die nähere Ausgestaltung dieser Bestimmung in den einzelnen Tarifverträgen näher einzugehen, würde zu weit führen. Generell läßt sich sagen, daß in den Tarifverträgen meistens die Zeit von April oder Mai bis Oktober als Ferienzeit gewählt wird. Die Terminologie in Tarifverträgen und Wissenschaft ist häufig unklar, da die Ferienzeit öfter als Urlaubsperiode bezeichnet wird. Die beiden Begriffe sind aber, wie schon oben erwähnt, streng zu trennen und unterliegen ganz verschiedener rechtlicher Behandlung.

Der Entwurf kennt keine Bestimmung der Ferienzeit. Eine solche ist mit Recht tarifvertraglicher Regelung überlassen, da die Verhältnisse in den einzelnen Industriezweigen verschieden sind.

Streit herrscht über die Bedeutung der Ferienzeit. Früher sah man vielfach — so z. B. Warncke — in der Erreichung der Ferienzeit eine Voraussetzung für das Entstehen des Urlaubsanspruchs. Wurde diese nicht erreicht, dann entfiel er. Diese Auffassung wird dem Wesen der Ferienzeit nicht gerecht; diese dient einer zweckmäßigen Ausgestaltung des Urlaubs, ist eine Bestimmung zum Schutz des Arbeitnehmers und daher unabdingbar. Richtig sieht daher Daenzer-Vanotti [11]) hier lediglich eine Beschränkung des Wahlrechts des Arbeitgebers, die jedoch in bestimmten Fällen z. B. bei Kündigung nicht die Erteilung in einer anderen Zeit hindert. Auch LAG. Hamburg vom 26. 8. 27 [12]) steht auf dem Standpunkt, daß der Urlaub gewährt werden kann, wenn der Arbeitnehmer vor der Ferienzeit aus dem Betrieb ausscheidet.

Man muß dem Arbeitgeber hier gestatten, den Urlaub in die Kündigungsfrist zu legen. Der Arbeitnehmer hat kein Recht auf volle Beschäftigung bis Vertragsende und Abgeltung des Urlaubs [13]). Dies erscheint billig, sehr häufig hat der entlassene Arbeiter kein besonderes Interesse mehr an gewissenhafter Leistung seiner Arbeit. Aus dieser Erwägung wird man unter Berücksichtigung des § 242 BGB. eine Umgehung der Ferienzeit durch den Arbeitgeber gestatten.

E) Die Mitwirkung des Betriebsrats.

Nach § 78 Absatz 1 Ziff 2 BRG. „hat der Arbeiter- oder Angestelltenrat oder wo ein solcher nicht besteht, der Betriebsrat ein Recht, im Benehmen mit den beteiligten wirtschaftlichen Organisationen der Arbeitnehmer bei der Regelung der Löhne und sonstigen Arbeitsverhältnisse mitzuwir-

[11]) a. a. O.
[12]) Bensh. Band 1 S. 61 LAG.
[13]) Ebenso Becker Arb.Recht u. Schlicht. 1928 S. 227.

ken. Namentlich auch ..... bei der Regelung des Urlaubs der Arbeitnehmer".

Der Betriebsrat hat sich also zunächst mit den wirtschaftlichen Organisationen der Arbeitnehmer, den Gewerkschaften, ins Benehmen zu setzen. Der Zweck der Bestimmung ist, eine einheitliche Regelung in den einzelnen Betrieben, soweit dies unter Berücksichtigung berechtigter Sonderinteressen möglich ist, zu erreichen. Doch haben diese wirtschaftlichen Organisationen keinen entscheidenden Einfluß auf die Stellungnahme der Betriebsvertretung. Diese kann eine entgegengesetzte Auffassung vertreten.

Das Mitwirkungsrecht der Betriebsvertretung besteht nicht nur in einer beratenden Stimme bei der Regelung der Arbeitsbedingungen. Betriebsvertretung und Arbeitgeber stehen sich vielmehr als gleichberechtigte Parteien gegenüber. Die herrschende Lehre faßt „Mitwirken" als Vereinbarung auf, während z. B. Mansfeld [14]) darunter eine dem Arbeitgeber untergeordnete Tätigkeit sieht, daß also der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht habe. Für die herrschende Lehre insbesondere ein Beschluß des RAG. vom 11. 7. 1928 [15]), ebenso Feig-Sitzler [16]).

Bei der Regelung der in § 78 vorgesehenen Fragen, also auch des Urlaubs handelt es sich um generelle Regelungen, d. h. um solche, die die Arbeitnehmerschaft des Betriebs als solche betrifft [17]). Nicht dagegen die Festsetzung des Lohns der einzelnen Arbeitnehmer. Gemeint sind vor allem Vereinbarungen über Dauer, Lohn, Rückruf-Recht u. a., vor allem auch die Aufstellung von Urlaubslisten.

Ist bereits eine tarifvertragliche Regelung des Urlaubs getroffen, so kann die Betriebsvereinbarung insofern eine von der tariflichen abweichende Regelung treffen, als dadurch dem Arbeitnehmer günstigere Bedingungen festgesetzt werden. Dies ergibt die entsprechende Anwendung des § 1 IV. T.V.O.

---

[14]) Anm. zu § 78 sowie die bei ihm zit. Urteile LAG. Leipzig 3. 5. 28 u. 7. 6. 26, Krefeld 8. 4. 28 und Schli.Ausschuß Konstanz v. 21. 6. 21.

[15]) Amtl. Samml. Band 2 S. 110.

[16]) Anm. 3 B zu § 78.

[17]) Ebenso Feig-Sitzler Anm. 3 A. a. a. O., und Mansfeld Anm. d.

§ 16.

Die Frage der Selbstbeurlaubung des Arbeitnehmers.

Es handelt sich um die Frage, ob der Arbeiter einfach von der Arbeit wegbleiben und Fortzahlung des Lohns fordern darf, wenn der Arbeitgeber ihm auf Anforderung den Urlaub verweigert. Ohne Weiteres ist das zu verneinen, wenn dem Arbeiter der Urlaub aus betriebstechnisch wichtigen Gründen versagt wird. Hier kann dem Arbeitnehmer nicht gestattet werden, durch willkürliches Wegbleiben den geordneten Fortgang des Betriebs zu stören.

Bei grundlosem Versagen durch den Arbeitgeber sind die Meinungen geteilt. Vereinzelt wird hier dem Arbeitnehmer, das Recht zugesprochen, die Arbeitsleistung zu verweigern[1]). Diese Auffassung wird mit der Konstruktion eines Zurückbehaltungsrechts des BGB. begründet, das dem Arbeitnehmer gestatte, die ihm obliegende Arbeitspflicht so lange zurückzubehalten, als der Arbeitnehmer seinen Verpflichtungen zur Urlaubsgewährung nicht nachkomme. Diese Ansicht, die praktisch dem Arbeiter ein Recht zur Selbstbefriedigung gewährt, muß selbst für den Fall widerrechtlicher Urlaubsverweigerung abgelehnt werden[2]). Der Arbeitnehmer ist meist nicht in der Lage, technisch bedingte Urlaubsverweigerung zu würdigen und wird sehr oft, auch in Fällen berechtigten Betriebsinteresses an Schikane denken. Dauernde Unzuträglichkeiten wären die Folge. Auch mit Rücksicht auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers wäre diese Regelung nicht zu empfehlen. Schließlich ist auch kein Bedürfnis vorhanden, da der Arbeitnehmer durch Klagrecht und Schadenersatzansprüche genügend geschützt ist.

Anders ist das natürlich, wenn der Urlaub zeitlich schon durch Erteilung oder Urlaubsliste festgesetzt ist. Mit der Erteilung hat der Arbeiter von selbst das Recht wegzubleiben und kann nur unter ganz bestimmten Umständen zurückgehalten werden.

---

[1]) So z. B. Wallichs S. 35 für den Fall widerrechtlicher Verweigerung durch den Arbeitgeber.

[2]) Ebenso Jaerisch, Nikisch, Zunft a. a. O. G. G. Liegnitz v. 23. 10. 1922 (A. Z. f. A. 1923 Spalte 64), AG. Berlin, Datum unbekannt (A.G. 23. Jahrg. Spalte 323).

§ 17.

Der prozessuale Schutz.

Vorauszuschicken ist, daß eine Klage auf Erteilung von Urlaub primär kaum vorkommt. Bei den Klagen, die Urlaubsstreitigkeiten betreffen, handelt es sich entweder um Feststellungsklagen, daß dem Arbeitnehmer ein Urlaubsanspruch in bestimmter Höhe oder für bestimmte Zeit zustehe oder nicht zustehe, oder wo es sich um Leistungsklagen handelt, um Schadenersatzklagen für nicht gewährten Urlaub nach Beendigung des Dienstvertrags.

Zuständig für Klage auf Urlaub ist, da es sich um einen Anspruch aus Arbeitsvertrag handelt, gemäß § 2 Arbeitsgerichtsgesetzes das Arbeitsgericht. Berufung wird, da es sich bei dem Arbeiterurlaub meist um geringen Streitwert handelt, in der Regel gemäß § 64 A.G.G. nur zulässig sein, wenn diese wegen der prinzipiellen Bedeutung der Entscheidung ausdrücklich zugelassen wurde. Davon wird in der Praxis ziemlich weitgehend Gebrauch gemacht. Die Schwierigkeit bei der klagweisen Geltendmachung des Urlaubs besteht darin, daß der Arbeitgeber das Recht hat, innerhalb der Ferienzeit Urlaub nach eigenem Ermessen zu gewähren. Der Arbeitnehmer könnte also nur klagen, wenn der Arbeitgeber für die ganze Urlaubszeit die Erteilung verweigert.

Die Klage richtet sich auf Erteilung einer Willenserklärung [1]) etwa in Form eines Antrags: „Der Beklagte hat darin zu willigen, daß Kläger für die Dauer des Urlaubs unter Fortzahlung des Lohns von der Arbeit wegbleibt." Oder besser (auch von Wallichs vorgeschlagen) „Beklagter hat Kläger Urlaub zu gewähren". Da es sich demnach um Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung handelt, gilt diese gemäß § 894 Z.P.O. mit dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils als abgegeben. Verweigert dann der Arbeitgeber die Zahlung des Urlaubsgelds, dann gelten die allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckungen von Geldforderungen. Gemäß § 62 A.G.G. ist das Urteil vorläufig vollstreckbar, wenn Berufung zulässig ist. Als weiteres Rechtsschutzmittel kommt außerdem gemäß 935 ZPO. einstweilige Verfügung in Betracht.

§ 18.

Die Sicherung des Urlaubs durch tarifliche Strafbestimmungen.

A) An dieser Stelle sind noch die sehr häufig vorkommenden Bestimmungen zu erwähnen, die in den Tarifverträgen selbst die

[1]) Ebenso Jaerisch, Schalhorn und Specovius a. a. O.

Durchführung des Urlaubs sichern sollen. Sie schützen teilweise den Arbeitnehmer davor, daß ihm der Arbeitgeber den Urlaub vorenthält. Für diesen Fall hat der Arbeitgeber eine bestimmte Summe als Strafe an eine sozialen Zwecken dienende Kasse zu bezahlen.

Eine solche Bestimmung findet sich in dem Tarifvertrag der Gmünder Edelmetall- und Metallwaren-Industrie (4. Abschnitt § 15). Zuwiderhandelnde Arbeitgeber haben den vollen vorenthaltenen Betrag für wohltätige Zwecke innerhalb des Betriebs zu zahlen. Nach sinngemäßer Auswirkung des Tarifvertrags werden dadurch die Rechte des Arbeitnehmers auf Urlaub nicht berührt, da es sich lediglich um eine zwischen den Parteien des Tarifvertrags abgemachte Vertragsstrafe handelt.

B) Aber auch dem Arbeitnehmer gegenüber besteht ein Bedürfnis zur Sicherung des Urlaubs, da er nicht ein einseitiges Recht des Arbeitnehmers ist und die aufgefrischte Arbeitskraft auch dem Unternehmer zugutkommen soll. Daraus ergibt sich das Bedürfnis zur Sicherung der Erholung für den Arbeiter selbst, der erfahrungsgemäß Neigung hat in den Ferien anderweitig zu arbeiten und auf diese Weise doppelten Lohn zu erhalten, wodurch oft eine unangenehme Konkurrenz für den Arbeitgeber entsteht. Daher findet sich in fast allen Tarifverträgen das meist durch Strafdrohung geschützte Verbot anderweitiger Lohnarbeit. Auch wo dieses Verbot sich nicht ausdrücklich findet, ergibt es sich aus dem Wesen des Urlaubs, der schon oben als eine auch den Interessen des Unternehmers dienende soziale Einrichtung geschildert wurde [1]). Mit Recht ist deshalb in dem Entwurf des § 98 das Verbot von dem Urlaubszweck widersprechender Lohnarbeit mit Androhung der Lohnverwirkung aufgenommen worden. Im Einzelnen ist zu diesen Vereinbarungen folgendes zu sagen:

Nicht jede Arbeit, die der Arbeitnehmer während der Ferien leistet, kann als eine verbotene im Sinn der Tarifverträge aufgefaßt werden, vor allem meist nicht unbezahlte, da die Tarifverträge in der Regel von bezahlter Lohnarbeit reden. Ebensowenig fällt natürlich darunter die Arbeit, die der Arbeiter im eigenen Haushalt oder eigener Landwirtschaft (Pachtgärten) leistet, obwohl er hier durch den Arbeitsertrag Entgelt erhält. Ueberhaupt wird man die tariflichen Bestimmungen überall da einschränken müssen, wo und soweit durch die Ferienarbeit der Urlaubszweck nicht beeinträchtigt wird. Will z. B. ein Fabrikarbeiter während der Ferien einem Landwirt bei Einbringung der Ernte helfen, so bildet die

[1]) Im Ergebnis ebenso Wallichs S. 41.

Arbeit im Freien einen gesunden Ausgleich gegen die Fabrikarbeit. Der Urlaubszweck wird nicht beeinträchtigt.

Das Verbot anderweitiger Lohnarbeit wird tarifvertraglich meist geschützt durch Strafdrohung in der Art, daß der Arbeitnehmer bei Verstoß des Anspruchs auf die Urlaubsvergütung verlustig gehen soll. bezw. bereits erhaltenen Ferienlohn zurückzugeben hat. Manchmal finden sich auch Bestimmungen, die dem Arbeitgeber ein Recht zur fristlosen Kündigung geben. Ohne weiteres kann man bei gewerblichen Arbeitern dem Arbeitgeber nicht ein Recht zur fristlosen Kündigung zugestehen, da die Kündigungsgründe für diese im § 133 G.O. erschöpfend geregelt sind [2]).

Die einbehaltenen Beträge kommen sozialen Einrichtungen des Betriebs zugute. Auch wo dies nicht ausdrücklich vereinbart ist, ergibt es sich aus der entsprechenden Anwendung des § 134 b Anm. II Satz 3 Gew.Ordn.

Die tarifvertragliche Regelung im Einzelnen.

Meist wird dem Arbeiter der Urlaubslohn einbehalten, bezw. wo er bereits bezahlt wurde, von den nächsten Zahltagen wieder abgezogen. Z. B. in folgenden Tarifverträgen: Leder-Industrie § 10 g, Chemie § 12 VIII, Schwarzwälder Uhren § 12 e, Gmünder Edelmetall § 14. Daneben findet sich hie und da die Möglichkeit fristloser Entlassung, z. B. im Baugewerbe § 10 d, Elektr. Büros § 7.

6. Kapitel.

Der Inhalt des Urlaubsanspruchs.

§ 19.

Einleitung:

Die Doppelnatur des Urlaubsanspruchs.

Sie wurde bereits oben (3. Kapitel) erwähnt. Der Ansicht des RAG. ist beizupflichten, seine Konstruktion bestätigt das Ergebnis, das aus Billigkeitsgründen das richtige ist und löst die Schwierigkeiten der früheren Rechtssprechung in logischer, sowie das Rechtsempfinden befriedigender Weise. Näher ausgeführt wird die Stellungnahme des Reichsarbeitsgerichts, die es zum ersten Mal im

[2]) Ebenso Hueck-Nipperdey § 47 III 8.
[3]) Ebenso Kaskel a. a. O.

Urteil vom 12. 1. 29[1]) (s. oben) eingenommen hat, im Urteil vom 23. 3. 29 (482/28)[2]), dem der Tarifvertrag für das Rheinisch-Westfälische Steinkohlenrevier zu Grunde liegt. Das RAG. führt aus, daß es sich hier um keinen einheitlichen, nur auf Freizeit gerichteten Anspruch handle, sondern daß daneben — von der Möglichkeit der Freistellung unabhängig — ein Anspruch auf Zahlung des Urlaubslohns gehe, wenn auch natürlich der Tarifvertrag, der eine normale Entwicklung des Arbeitsverhältnisses im Auge habe, mit Rücksicht auf den Erholungszweck in erster Linie den Freistellungsanspruch betone. Niemals dürfe aber aus der Bestimmung, daß die Abgeltung des Urlaubs unzulässig sei, geschlossen werden, daß bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Urlaubslohn entfalle, doch führt das RAG. aus, daß tariflich eine andere Regelung möglich sei[3]). In der Folgezeit hat das RAG. seinen Standpunkt beibehalten und das Verhältnis der beiden Ansprüche näher ausgestaltet. Das Urteil vom 18. 3. 1929 führt aus, daß es sich nicht um eine Wahlschuld im Sinn des § 262 BGB. handelt, sondern daß beide Ansprüche getrennt sind. Auch in seinen späteren Urteilen hat das RAG. immer wieder auf seine Stellungnahme hingewiesen. In den folgenden §§ soll die Unteilbarkeit des Anspruchs und die beiden Teilansprüche näher behandelt werden.

§ 20.

A) Die Unteilbarkeit des Urlaubsanspruchs und das Rückrufsrecht.

Die Unteilbarkeit des Urlaubs ist im sozialen Interesse sehr zu begrüßen und mit Recht in den meisten Tarifverträgen festgesetzt. Meist handelt es sich beim Arbeiterurlaub um eine relativ kurze Zeit bis zu höchstens 12 Arbeitstagen. Der Urlaubszweck kann nur erreicht werden, wenn diese Zeit ununterbrochen zur Verfügung steht. Neben diesen Zweckerwägungen kommt noch hinzu, daß auf den Urlaub als Anspruch aus dem Arbeitsvertrag die Vorschrift des

---

[1]) Amtl. Sammlung Bd. 3 S. 130, ebenso schon früher angedeutet im Urteil vom 30. 11. 27, Amtl. Samml. Bd. 1 S. 42.

[2]) Amtl. Samml. Band 3 S. 330.

[3]) Wie das RAG. Erdel a. a. O., dagegen Massing a. a. O.

[4]) z. B. Urteil vom 2. 3. 29 Amtl. Samml. Bd. 3 S. 277.

[5]) Amtl. Samml. Bd. 3 S. 306.

§ 266 BGB. analoge Anwendung findet [1]). Der Arbeitgeber ist somit nicht berechtigt, Urlaub in Teilen zu gewähren, wohl aber kann der Arbeiter den Urlaub in Teilen nehmen.

Auch der Entwurf hat sich diesen Gedanken zu eigen gemacht und in § 93 dem Arbeiter ein Recht auf ununterbrochenen Urlaub gewährt. Daneben trägt er auch den Bedürfnissen kleiner Betriebe Rechnung, indem er § 96 I auf II bestimmt, daß in Betrieben mit höchstens 3 Arbeitnehmern der Arbeitgeber das Recht hat, einen 6 Tage übersteigenden Urlaub in zwei annähernd gleichen Hälften zu gewähren.

Keine Gewährung von Teilurlaub ist es, wenn der Arbeiter schuldhaft unberechtigerweise vom Betrieb wegbleibt und der Arbeitgeber diese Zeit vom Urlaub abzieht. Dazu ist der Arbeitgeber berechtigt, eine solche Maßnahme kann nicht als Gewährung von Teilurlaub angesehen werden. Auch die Judikatur steht auf diesem Standpunkt. Der Schlichtungsausschuß Dortmund vom 2. 2. 1922 [3]) erklärt die Anrechnung von unberechtigtem Feiern am 9. 11. auf den Urlaub für zulässig. Ein Urteil des G.G. Duisburg vom 11. 1. 1923 [4]) hat das Feiern am 1. Mai zum Gegenstand. Im einschlägigen Tarifvertrag ist bestimmt, daß Feierschichten ohne genügende Entschuldigung auf den Urlaub (ohne Entgelt) anzurechnen sind. Das G.G. erachtet es für keine Entschuldigung, wenn der Arbeiter sich auf Grund seiner politischen Ueberzeugung für berechtigt hält, den 1. Mai als Feiertag des Proletariats zu feiern. Die politische Ueberzeugung mache das Versäumnis noch nicht zu einem entschuldbaren im Sinn des Arbeitsvertrags, denn politische Ueberzeugung und Arbeitspflicht habe nichts miteinander gemein.

Im Gegensatz zu diesen Entscheidungen steht ein Urteil des G.G. Krefeld vom 14. 4. 23 [5]), die die Bestimmung des Tarifvertrags nur als gegen „Bummeln" gerichtet auffaßt und eine Anwendung auf andere Fälle als unbillig ablehnt.

Der Ansicht des G.G. Duisburg ist der Vorzug zu geben, denn der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, an den Arbeitstagen auch die ganze Belegschaft im Betrieb zu haben. Auch müßte man dann allen politisch und religiös Anderseingestellten das Recht einräumen, auch ihre Feiertage zu feiern. Damit würde aber der Zweck der tarif-

[1]) Ebenso Kaskel, Hueck-Nipperdey § 47 III, Witt, Soz. Praxis 1926. 244. Anderer Ans. Schalhorn a. a. O. S. 165.

[3]) Schli.We. 4. Jahrg. S. 103.

[4]) Schli.We. 5. Jahrg. S. 100.

[5]) Metallarbeiterzeitung 1923 Nr. 15 S. 58.

lichen Bestimmung, die die Ordnung im Betrieb sichern will, umgangen.

B) Das Rückrufsrecht.

Es handelt sich um die Frage, ob der Arbeitgeber das Recht hat, aus betriebswichtigen Gründen bereits gewährten Urlaub zu verlegen oder einen Arbeiter wieder zurückzurufen, wenn er bereits in Urlaub gegangen ist und ihm den Rest des Urlaubs zu einem anderen Zeitpunkt zu gewähren. Das Direktionsrecht des Arbeitgebers kollidiert hier mit dem Recht des Arbeiters auf den bereits erworbenen und festgesetzten Urlaub. Schalhorn[6]) steht auf dem Standpunkt, daß bei jeder Urlaubsvereinbarung implicite eine Abrede getroffen wird, daß der Arbeiter jederzeit zurückgerufen werden kann. Das geht zu weit[7]). Der Arbeitgeber hat durch das freie Ermessen bei der Erteilung hinreichend Gelegenheit, das Betriebsinteresse zu wahren. Mit der Urlaubserteilung erwirbt der Arbeiter einen festen Anspruch auf Freistellung zur bestimmten Zeit, der nicht ohne Weiteres aufgehoben werden kann[8]).

Nur unter ganz bestimmten Umständen wird man nach Treu und Glauben dem Arbeitgeber das Recht auf Rückruf zuerkennen, wenn infolge von Umständen die vom Arbeitgeber nicht vorgesehen werden konnten, gerade während der Urlaubszeit der betreffende Arbeiter im Betrieb unumgänglich nötig ist[9]). Der Arbeitgeber hat hier Ersatz für die dem Arbeiter durch die Verlegung erwachsenden Auslagen zu leisten.

Diese Regelung trifft der Entwurf in § 96, der prinzipiell das Recht zum Rückruf des Beurlaubten und zur Urlaubsverlegung verneint, jedoch aus betriebswichtigen Gründen gegen Kostenersatz dieses Recht gewährt.

Der Lohnanspruch.

§ 21.

Allgemeines.

Vorauszuschicken ist, daß sich die Länge des Urlaubs und die Höhe der Entlohnung nach dem zwischen den Parteien abgeschlos-

[6]) a. a. O. S. 165.
[7]) Ablehnend auch Wallichs S. 62.
[8]) So Wallichs S. 37 und Jaerisch.
[9]) Ebenso Kallee-Gros Taschenb. S. 7.

senen Arbeitsvertrag richtet. Schwierigkeiten entstehen, wenn während der Urlaubsperiode der Tarifvertrag geändert wird und nach dem neuen Tarifvertrag der Arbeiter kürzeren oder längeren Urlaub erhält als bisher. Nach einem Schiedsgericht für die deutsche keramische Industrie vom 7. 8. 24[1]) erhält der Arbeiter den Urlaub, den er nach dem zur Zeit des Feriengenusses maßgebenden Tarifvertrag erhält. Diese Regelung ist unbillig, sie hängt von den Zufälligkeiten ab, wann gerade der einzelne Arbeitnehmer seinen Urlaub bekommt. Wenn man die Natur des Urlaubs als eines Teils der Arbeitsvergütung betrachtet, muß man vielmehr den Urlaub nach der Zeit der Geltung der verschiedenen Tarifverträge berechnen. Tritt z. B. nach 6 Monaten der Urlaubsperiode ein neuer Tarifvertrag mit 12 Tagen Urlaub in Kraft, während der frühere 8 Tage vorsah, so erhält der Arbeiter für das Jahr der Aenderung 10 Tage Urlaub. Sehr häufig wird jedoch der Tarifvertrag dahin auszulegen sein, daß alle Arbeiter während der laufenden Urlaubsperiode schon den neuen Urlaub erhalten.

Aenders ist es bei Aenderung des Stundenlohns. Der Arbeiter erhält den Lohn, den er innerhalb der Arbeitszeit verdienen würde, also den nach dem laufenden Tarifvertrag bemessenen.

§ 22.

Der dem Urlaubslohn zu Grunde liegende Berechnungsfaktor.

I. Geldlohn.

1. Wenn Stundenlohn gewährt wird, bildet die Berechnung des Urlaubslohns keine Schwierigkeiten. Es wird der Stundenlohn bezahlt, den der Arbeiter auch während der Arbeitszeit hatte.

2. Bei Akkordlohn richtet sich die Bezahlung nach dem Tarifvertrag. Wo dieser nichts aussagt, muß man dem Arbeiter den Durchschnittsverdienst nach dem Arbeitsergebnis der vorausgehenden Zeit bezahlen. Dadurch wird man dem Urlaubszweck am besten gerecht. Zur Vermeidung von Streitigkeiten empfiehlt sich tarifliche Regelung. § 97 I Satz 2 des Entwurfs berechnet den Urlaubslohn bei Akkordarbeit nach der durchschnittlichen Leistung des Arbeitnehmers, ohne sich näher darüber auszusprechen, wie diese durchschnittliche Leistung ermittelt wird.

[1]) A. Z. f. A. 1925 S. 245.

Viele Tarifverträge gewähren dem Akkordarbeiter in den Ferien den Stundenlohn, der im gleichen Betrieb beschäftigten Zeitarbeiter, z. B. Tarifvertrag für Hoch-, Tief- und Betonbaugewerbe und für die Lederindustrie. Zu diesen Stundenlöhnen treten teilweise Zuschläge für die Akkordarbeiter, z. B. in der Schokoladeindustrie 10%, der Ziegelindustrie 20% (bei Ofenarbeitern 30%).

Andere gewähren den Durchschnittslohn einer gewissen dem Urlaub vorangegangenen Zeit, z. B. in der Chemischen Industrie der letzten 3 Monate, Gmünder Edelmetallindustrie der letzten 4 Wochen, Schuhindustrie der letzten Woche.

Andere z. B. der Reichstarif der Gemeindearbeiter lassen die Frage im Tarifvertrag ungeregelt und überlassen die Regelung örtlicher Sondervereinbarungen.

II. Zuschläge.

Die Frage, inwieweit Lohnzuschläge während des Urlaubs weiter zu bezahlen sind, läßt sich nicht einheitlich beantworten. Bei den Zuschlägen handelt es sich entweder um reine Lohnzuschläge, wie z. B. Teuerungszuschläge oder um Leistungszuschläge. Darunter fallen besonders Zuschläge bei gewissen Kategorien von Arbeitern für unangenehme, gefährliche oder anstrengende Tätigkeit, z. B. Ofenarbeiter in der Ziegelindustrie. Auch Provisionen gehören zu den Leistungszuschlägen, sie spielen allerdings bei gewerblichen Arbeitern nur eine untergeordnete Rolle. Eine dritte Gruppe sind Zuschläge, die der Arbeitnehmer üblicher Weise erhält, teilweise ohne einen rechtlichen Anspruch darauf zu haben. Es sind vor allem gewerbliche Arbeiter im Gastwirts- und Hotelgewerbe, z. B. Liftboys, Portiers, Ausläufer, die von den Gästen Trinkgelder erhalten. Eine Sonderstellung nehmen hier die Kellner ein.

a) Die Teuerungszulagen sind Bestandteile des Lohns und von diesem rechtlich untrennbar. Sie sind deshalb auch bei Urlaubslohn immer zu berücksichtigen und dem Arbeitnehmer auszubezahlen.[2]). Das bedarf keiner näheren Begründung. Etwas anderes ist es bei den Leistungs- und Gefahrenzulagen. Auf der einen Seite sind diese Zulagen bei sinngemäßer Auslegung der Vertragsbestimmungen als Gegenleistung für eine besonders starke körperliche oder geistige Inanspruchnahme des Arbeitnehmers aufzufassen, andererseits soll wieder der Zweck des Urlaubs berücksichtigt werden, in welchem der Arbeiter nicht schlechter gestellt werden soll, als wenn er arbeitet.

[2]) Ebenso Schlichtungsausschuß Barmen vom 16. 12. 1920, zit. bei Wallichs.

Die Entscheidung kann nur von Fall zu Fall getroffen werden unter Berücksichtigung aller Nebenumstände und unter Auslegung der tarifvertraglichen Vereinbarungen nach den Grundsätzen des § 242 BGB.

Ein Urteil des RAG. vom 8. 6. 29 (596/28) [3]) billigt dem Arbeiter während des Urlaubs solche Zuschläge prinzipiell zu, einerlei, ob es sich um Leistungs- oder Facharbeiterzuschläge (anläßlich der Zugehörigkeit zu einer besonders qualifizierten Arbeitgebergruppe) handelt. Für letzteren Fall wird man im Zweifel annehmen dürfen, daß der Arbeiter seine Facharbeiterzulage im Urlaub erhält, da sie zu den unter a) geschilderten Zulagen gehört. Anders ist es bei den Leistungs- und Gefahrenzulagen. Diese sollen ihrem Wesen nach eine Entschädigung für die besonderen Gefahren der Arbeit bilden. Sie sind nach dem Willen der Vertragsparteien gewissermaßen von der Arbeitspflicht abhängig gemacht. Daher sieht z. B. der Gemeindearbeitertarif während des Urlaubs Wegfall der Gefahrenzulage vor. Erst recht nicht müssen Entfernungszulagen bezahlt werden, die der Arbeiter wegen weiter Entfernung des Wohnorts von der Arbeitsstätte erhält (häufig im Baugewerbe).

b) Für während des Urlaubs ausfallende Provisionen erhält der Beurlaubte einen angemessenen Ersatz, da die Provisionen als Teil des Lohns mit diesem rechtlich untrennbar verbunden sind, doch nehmen manche [4]) an, daß Provisionen als Entgelt für Arbeitserfolge nicht zu vergüten sind, wenn nicht gearbeitet wird.

Nicht zu bezahlen sind Spesen. Sie sind Ersatz der Arbeitsauslagen und entfallen daher beim Fehlen der Arbeit, wie die oben erwähnten Entfernungszulagen.

c) Für Trinkgelder, die der Arbeiter von Dritten geschenkt bekommt, kann er auch dann keinen Ersatz während des Urlaubs verlangen, wenn sie tatsächlich einen wesentlichen Teil seines Einkommens ausmachen, da man diese Zuwendungen nicht als Lohn des Arbeitgebers auffassen kann.

d) Im Gastwirtsgewerbe herrscht bezüglich der Trinkgelder der Kellner entweder das Tronc- oder das Serviersystem. Beim Serviersystem behält jeder Kellner die von ihm kassierten Gelder als Arbeitslohn, während beim Tronc-System die Bedienungsgelder in einen gemeinsamen Fond (Tronc) geworfen und auf die berechtigten anteilsmäßig verteilt werden. In einem Wies-

[3]) Kartei-Kallee Einzelfragen.
[4]) Z. B. Hueck-Nipperdey § 49 III und Kartei-Kallee.

badener Café bestand Streit, ob das Urlaubsentgelt aus dem Tronc oder vom Arbeitgeber zu bezahlen sei, der Tarifvertrag sah Tronc-System vor, doch herrschte unter den Parteien Streit, ob er auch für dieses Lokal gelte. Das RAG. hat im Urteil vom 20. 8. 28 [5]) sich mit dieser Streitigkeit zu befassen und stellt fest, daß beim Servier-System der Arbeitgeber dem Kellner Urlaubslohn zu bezahlen habe, wenn er die vereinnahmten Bedienungsgelder ohne Weiteres den Kellnern überläßt. Es verwies die Klage in die Vorinstanz, LAG. Frankfurt/Main zurück, da nicht genügend geklärt war, ob gerade in diesem Betrieb Tronc-System herrsche und welche Vereinbarungen dann bestehen. Das LAG. hatte dann Tronc-System festgestellt und die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnzahlung verneint. Die klägerischen Arbeitnehmer hatten Revision eingelegt. Das RAG. urteilte am 11. 9. 29 (132/29) [6]) dahin, daß der Urlaubslohn aus dem Tronc zu bezahlen sei und nicht vom Arbeitgeber. Es stützt seine Entscheidung auf den einschlägigen Tarifvertrag, sowie auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß die Arbeiter während des Urlaubs nicht besser und nicht schlechter gestellt sein dürfen, als während der Arbeit. Wert wird dabei auf die Feststellung gelegt, daß keine Hilfskellner eingestellt worden waren, da diese sonst den Anteil am Tronc vermindert hätten. Im Uebrigen sieht das RAG. darin eine Ausnahme von der sonst allgemein herrschenden Regel, daß den Urlaub der Arbeitgeber zu bezahlen habe.

III. Naturalbezüge (Kost, Wohnung usw.).

Für diese hat der Arbeitgeber im Zweifel eine angemessene Vergütung zu bezahlen, da sie Teil des Lohns sind [1]). Eine Entschädigung für freie Kost gewährt ein Urteil des LAG. Kiel vom 21. 3. 28 [2]) (zum Vergleich mag erwähnt werden, daß beim Urlaub der Hausangestellten heute eine Geldabfindung für Kost und Wohnung während des Urlaubs allgemein üblich ist).

Nach Entwurf § 98 hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Kostgeld statt Kost während des Urlaubs.

---

[5]) Bensh. Band 4 S. 17.

[6]) Bensh. Band 7 S. 59.

[1]) Ebenso Wallichs S. 64, a. A. Hueck-Nipperdey S. 162 Ziff. 6 mit Rücksicht auf die Belastung des Arbeitgebers.

[2]) Bensh. Bd. 3 S. 3.

IV. Krankenkassenbeiträge und andere soziale Leistungen.

Da während des Urlaubs der Vertrag weiter besteht, sind sie in derselben Weise weiterzubezahlen, wie während der Arbeitszeit. Das bedarf keiner näheren Begründung.

Erkrankt der Arbeiter nach Antritt des Urlaubs, so kann der Arbeitgeber von dem Ferienlohn nicht das dem Arbeitnehmer von der Krankenkasse bezahlte Krankengeld abziehen. Diesen Standpunkt nimmt das RAG. vom 20. 6. 28 (48/28)[3]) ein (Tarifvertrag des technischen Personals des hessischen Landestheaters). Das RAG. verwirft für diesen Fall vor allem die Anwendung des § 616 Satz 2 BGB., da diese Vorschrift voraussetzt, daß der Arbeitgeber durch die unverschuldete Krankheit der Dienste des Arbeitnehmers verlustig ging. Bei Erkrankung während des Urlaubs seien jedoch dem Arbeitgeber keine Dienste entgangen. § 616 bezwecke, dem Arbeitgeber, der die Dienste verliert, aber aus sozialen Gründen den Lohn weiterbezahlt, eine gewisse Entschädigung zu gewähren. Ebenso wird verneint, daß nach den Bestimmungen des einschlägigen Tarifvertrags der Arbeitgeber zum Abzug des Krankengeldes berechtigt sei. Das RAG. kommt dann unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben zu der Entscheidung, daß der Erkrankte, der zudem um den Urlaubsgenuß gebracht wurde, nicht auch noch einen Teil des Urlaubslohn verlieren soll. Der Arbeitgeber habe ja von der Erkrankung keinen Schaden, die Urlaubskosten habe er bereits einkalkuliert. Den Nachteil der Erkrankung habe der Arbeitnehmer, diesem sollen auch die Vorteile zukommen. Ebenso unter Bezugnahme auf obige Urteile RAG. 30. 4. 30 (15/30)[4]).

Anhang: Die Notverordnung vom 1. 12. 30 I. Teil Kap. II Artik. 3 berührt diese Frage nicht. Sie regelt den Krankengeldanspruch der gewerblichen Arbeiter nicht, sondern nur der Handlungsgehilfen, Angestellten im Sinn des § 1 I 2 AVG. und der gewerblichen Angestellten. Die Ansprüche aus § 63 HBG. § 163 c II Gew.O. und 616 BGB. für Angestellte, die früher dispositives Recht enthielten, können durch Vertrag nicht mehr ausgeschlossen oder beschränkt werden.

V. Erwerbslosenunterstützung.

Nach Lehmann[5]) und einem dort zitierten Bescheid des Reichsarbeitsministers von 1923 und des preuß. Ministers für Volkswohl-

[3]) Amtl. Samml. Bd. 2 S. 65.
[4]) Bensh. Bd. 9 S. 295.
[5]) Schli.We. 1927, 143.

fahrt von 1927 sind nach Eintritt der Arbeitslosigkeit bezahlte Urlaubstage auf die Unterstützung anzurechnen. Das ist abzulehnen; richtiger Ansicht Reichsversicherungsamt vom 12. 6. 29 [6]), der Spruchsenat für Arbeitslosenversicherung sieht mit der herrschenden Lehre im Urlaub Lohn für das vergangene Jahr, nicht für die Zeit nach dem Ende des Arbeitsvertrags. Er verneint daher die Anwendbarkeit des § 113 I Nr. 1 AVAVG., ebenso sei es keine Entschädigung anläßlich der Beendigung des Dienstvertrags, sondern bei dessen Ende bereits erworben, sodaß auch § 113 I Nr. 3 AVAVG. nicht in Frage komme.

§ 23.

Der Urlaubslohn bei Kurzarbeit und Ueberarbeit.

Die Lösung der Frage, welchen Urlaubslohn der Arbeiter erhält, wenn während des Urlaubs verkürzt oder mit Ueberstunden gearbeitet wird, bietet mangels tariflicher Regelung erhebliche Schwierigkeiten.

Man muß die Fälle auseinanderhalten, daß während des ganzen Jahrs verkürzt oder verlängert gearbeitet wird, oder aber nur so lange, als der Arbeiter beurlaubt ist. Im ersteren Fall erhält der Arbeiter den Lohn, der das ganze Jahr über bezahlt wurde. Hier ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten. Im zweiten Falle muß man dem Arbeiter den vollen Lohn dann anerkennen, wenn der Arbeitgeber in der Absicht, den Arbeiter zu schädigen, den Urlaub in die Zeit der Kurzarbeit legt. § 826 und 242 BGB. [1]). Meist aber wird diese Absicht nicht nachzuweisen sein. In diesem Falle kommt zunächst der maßgebende Tarif in Frage. Eine Auslegungsvorschrift gibt das Urteil des RAG. vom 22. 2. 1930 (467/29) [2]). Der einschlägige Tarifvertrag setzte für die Berechnung der Urlaubsvergütung den Durchschnittsverdienst der letzten 4 Wochen fest. An einzelnen Tagen wurde nicht gearbeitet. Ein anläßlich von Meinungsverschiedenheiten zunächst angerufener Fachschlichtungsausschuß habe bestimmt, daß „bei Kurzarbeit die ausfallenden Tage nicht mitvergütet werden". Der Ausschuß ging davon aus, daß der Gesamtverdienst der letzten 4 Wochen zusammenge-

[6]) Bensh. Bd. 6 S. 3 RVA.

[1]) Ebenso RAG. v. 17. 4. 29. Bensh. Band 6 S. 193.

[2]) Kallee Einzelfrag. 27.

rechnet und mit der Zahl der Arbeitstage — 24 — dividiert werden solle, um auf den Tagesbetrag des Urlaubs zu kommen. Der klägerische Arbeitnehmer stand demgegenüber auf dem Standpunkt, daß bei der Berechnung des Urlaubs nur die Tage in Betracht gezogen werden, an denen wirklich gearbeitet wurde, das Urlaubsentgelt somit nach vollen 8 Tagesstunden zu berechnen sei. Das RAG. gab der Auffassung des Arbeitgebers recht. Da sich aus der Vorgeschichte des Tarifvertrags nichts für die Auslegung ergab, war aus Wortlaut und Sinn der Bestimmung zu entscheiden. Unter Durchschnitt verstand das RAG. dem Sprachgebrauch folgend die Herstellung der Beziehung der konkreten Verhältnisse des Falls zu den allgemeinen, wie sie für alle Arbeitsverhältnisse zu gelten hätten. Dieser Sprachgebrauch führte dazu, daß nicht die Zahl der im einzelnen Falle sich ergebenden wirklichen Arbeitstage heranzuziehen seien, sondern daß auf die ganze Zeitspanne als solche abgestellt werden müsse. Außerdem hat das RAG. Gesichtspunkte der Billigkeit herangezogen, da, wenn man auf einzelne Tage abstellen würde, ein Arbeitnehmer, der täglich, aber nur einzelne Stunden, zu arbeiten hätte, bei dem sich also die Arbeit gleichmäßig auf die ganze Woche verteilte, auf diese Weise weniger Urlaubslohn erhalten würde, als ein anderer Arbeiter, der nur einzelne Tage, an diesen aber voll arbeiten würde. Außerdem sollte der Urlaub dem Arbeiter keinen höheren Lohn gewähren, als wenn er arbeiten würde.

Ist keinerlei tarifliche Regelung getroffen, was meist der Fall ist, so ist die Frage der Bemessung des Urlaubslohns bestritten. Es stehen sich hauptsächlich drei Ansichten gegenüber:

1. Die Vergütung ist nach dem Durchschnitt der abgelaufenen Urlaubsperiode zu berechnen. Diese Ansicht ist die richtige, wenn auch nicht verkannt werden soll, daß die Berechnung manchmal rechnerische Schwierigkeiten bietet. Sie wird dem Wesen des Urlaubs gerecht, der einen Teil der Vergütung darstellt, führt zu keinen unbilligen Zufallsergebnissen und schützt beide Parteien vor Uebervorteilung. Sie wird vertreten in einer Entscheidung des Schlichtungsausschusses Wittenberg vom 14. 10. 26 [3]). Sonst ist sie in Literatur und Judikatur nicht vertreten, doch ist ihr das RAG. in seiner Entscheidung vom 24. 4. 29 (s. u.) wesentlich nähergekommen.

2. Für verkürzten (bezw. Ueberstundenlohn) ist die herrschende Meinung, sie geht davon aus, daß durch den Urlaub der Arbeiter

[3]) Schli.We. 1927 S. 75.

nicht schlechter aber auch nicht besser gestellt werden solle, als wenn er arbeitet. Sie übersieht aber, daß dies zu unbilligen Ergebnissen führt und daß der Arbeiter dadurch schlechter gestellt wird, als sein Kollege, der in einer Zeit voller Beschäftigung seinen Urlaub erhielt. In der Literatur wird diese Ansicht vertreten von Deipenbrock [4]), Specovius [5]), Warncke [6]), Kart. Kallee und Kallee-Gros [7]). Auch in der Judikatur wird diese Ansicht häufig vertreten. Zu beachten LG. Leipzig vom 5. 5. 28 [8]), LAG. Frankenthal vom 11. 8. 28 [9]), GG. Breslau vom 11. 5. 28 [10]), (das aber einen Sachverhalt zu Grunde legt, wo schon lange Zeit Kurzarbeit herrschte und daher nicht unbedingt zur Stützung dieser Ansicht herangezogen werden kann). Diese Urteile stehen durchweg auf dem Standpunkt, daß der Arbeiter durch den Urlaub finanziell nicht besser gestellt werden solle. Das LAG. Frankenthal verwirft auch die Ansicht, daß der Urlaub ein Teil des Arbeitslohns, also Entgelt für geleistete Dienste sei. Die Ansicht des LAG. Frankenthal hat das RAG. in der Revisionsinstranz in seinem Urteil vom 17. 4. 29 [11]) bestätigt, ohne auf das Wesen des Urlaubs einzugehen. Es hat lediglich auf Grund der Auslegung des Tarifvertrags entschieden. Nach seiner Ansicht ist grundsätzlich der verkürzte Lohn zu zahlen, nur bei ganz abnormen Verhältnissen während des Urlaubs könne der sonst übliche Lohn gewährt werden. Die Auffassung, daß der Urlaubslohn nach dem Jahresdurchschnitt gerechnet werden müsse, lehnt das RAG. ab, da eine solche Berechnung zu umständlich sei. Dem Urteil stehen Hueck (Anm. bei Bensh.) und Gros (Anm. in Kart. Kallee) ablehnend gegenüber.

3. Die oben angeführte Ansicht des RAG. wurde durch ein kurz darauf folgendes Urteil des RAG. vom 24. 4. 29 (539/28) [12] erheblich modifiziert. Das RAG. gibt — im Gegensatz zu der Vorinstanz, die dem Arbeiter vollen Urlaubslohn gewährt hatte — auch nur Anspruch auf Kurzarbeiterlohn. Obwohl es dem Grundsatz, daß es auf die Zeit der Urlaubsgewährung ankomme, im Prinzip nicht fallen läßt, stellt es darauf ab, daß durch langandauernde Kurzarbeit im Betrieb sich die Betriebsverhältnisse so geändert

4) Soz. Praxis S. 1097, 1926.
5) a. a. O.
6) a. a. O.
7) „Handbuch" S. 572.
8) A. Z. f. A. 1925 Spalte 741.
9) Bensh. Band 5 S. 26 LAG.
10) Gew. KG. 29. Jahrg. Spalte 88.
11) Bensh. Band 6 S. 193.
12) Bensh. Band 6 S. 196.

haben, daß man die Kurzarbeitszeit jetzt als Normalarbeitszeit betrachten müsse. Hat eine Konjunkturänderung durch vielmonatliche Dauer die Betriebsverhältnisse umgestaltet, so entspricht es Treu und Glauben, und dem bei der Regelung des Tarifvertrags maßgebend gewesenen Gesichtspunkten nicht, für die Vergütung des Urlaubs die bei Abschluß des Tarifvertrags zugrundegelegte Normalarbeitszeit in Rechnung zu nehmen, während bei Abschluß des Tarifvertrags die Parteien vielleicht gar nicht an solche Verhältnisse dachten. Das RAG. operiert hier also mit einer Art clausula rebus sic stantibus. Dieser Gesichtspunkt wird im zweiten Urteil viel stärker betont als im ersten, sodaß das RAG. seine frühere Ansicht stark abgeschwächt hat und heute wohl die im Betrieb übliche Arbeitszeit zugrunde legt.

Diese Ansicht wird gebilligt von Hueck (Anm. bei Bensh.), auch Wallichs[13]) beruft sich auf diese Entscheidung, wenn er für die Berechnung nach der normalen, d. h. betriebsüblichen Arbeitszeit eintritt. Bei ganz vorübergehender Kurzarbeit ist Wallichs ebenfalls für den vollen Lohn. Bei Mehrarbeit kommt Wallichs zur Bejahung der Bezahlung von Ueberstunden, wenn diese für längere Zeit vorgesehen sind. Handelt es sich nur um gelegentliche Mehrarbeiten, so werden diese nicht mitberücksichtigt.

4. Für den Normallohn unter Zugrundelegung normaler, d. h. voller Tagesarbeitszeit sind Nicisch[14]) und Daenzer-Banotti[15]), letzterer mit Rücksicht darauf, daß die Parteien bei Eingehung des Tarifvertrags normale Arbeitsverhältnisse im Auge gehabt haben. Es ist jedoch unbillig, wenn der Arbeitgeber in Zeiten wirtschaftlicher Depression vollen Urlaub bezahlen muß. Für vollen, d. h. einer 8stündigen Tagesarbeitszeit zu Grunde liegenden Urlaubslohn sind ferner Jörges[16]), Moeckel[17]), Schlichtungsausschuß München-Stadt vom 5. 6. 23[18]), GG. Plauen vom 31. 5. 21[19]).

5. Im Entwurf § 97 wird der Ferienlohn nach der regelmäßigen Arbeitszeit berechnet. Die Bestimmung ist undeutlich; es können sich Streitigkeiten ergeben, was man bei längerer Kurzarbeit unter regelmäßiger Arbeitszeit versteht. Versteht man darunter die bei Abschluß des Tarifvertrags oder durch Einzelvertrag übliche meist 8-

[13]) S. 64.
[14]) a. a. O.
[15]) a. a. O.
[16]) Schli.We. 1926, 38 ff.
[17]) Schli.We. 1927, 192 ff.
[18]) Schli.We. 1923, 198 ff.
[19]) Gew. K.G. 26. Jahrg. S. 234.

stündige Arbeitszeit, so können sich leicht Unbilligkeiten zu Ungunsten des Arbeitgebers ergeben.

Anhang: Die tarifliche Regelung des Urlaubslohns in Württemberg. Teilweise wird der Durchschnittslohn einer bestimmten Zeit zu Grunde gelegt, so in der Textil-Industrie der durchschnittliche Tagesverdienst der letzten 6 Wochen, ebenso in der Korsettindustrie. Im Lithographengewerbe der Jahresdurchschnitt (Protokollerklärung vom 1. 6. 29). Bei den wichtigsten Tarifverträgen wird 8-Stundentag berechnet, so z. B. in der Metallindustrie Art. 7, Schuh-Industrie § 14 b, Holz-Ind. § 57 (Ausnahme bei mindestens viermonatlicher ununterbrochener Kurzarbeit, hier wird die Mitte zwischen Kurzarbeit und Normalarbeit berechnet), Chem. Ind. § 12 l, Hoch-, Tief- und Betonbau § 10/4, außerdem Kleider-Ind. und Zentralheizungs-Industrie.

Nach Kurzarbeit wird im Tarifvertrag der Gemeindearbeiter berechnet (s. Erläuterungen S. 49).

§ 24.

Die Fälligkeit des Urlaubslohns.

Bei der Frage, wann dem Arbeiter der Lohn für die Ferien auszubezahlen ist, muß der Erholungszweck des Urlaubs berücksichtigt werden. Ein erheblicher Teil der Arbeiterschaft ist bei Antritt des Urlaubs oft nicht in der Lage, ohne Vorauszahlung des auf die Urlaubszeit entfallenden Lohns den Urlaub richtig auszunutzen. Aus diesem Grund und weil es sich ja meist um einen schon erworbenen Anspruch handelt, wird man unter Zugrundelegung des § 242 BGB. dem Arbeitnehmer das Recht gewähren, den Urlaubslohn schon bei Beginn des Urlaubs zu beanspruchen, auch wenn dies nicht ausdrücklich festgesetzt ist. Eine Vorauszahlungspflicht ist ausdrücklich vorgesehen z. B. in Württemberg bei der Korsett-Industrie (§ 17 i), Ziegel-Ind. (§ 20 Hälfte des Urlaubslohns), ebenso bei den Reichsbahn-Arbeitern, ferner bei der Kleider-Ind. (§ 5,2), Elektr. Werke (§ 5), Gmünder Edelmetall-Ind. (IV 7), Chem. Ind. (§ 12 G.).

§ 25.

Die Zurückbezahlung des Urlaubslohns.

Bei der Frage, ob das Urlaubsentgelt in bestimmten Fällen zurückzubezahlen ist, ist zu unterscheiden, ob die Urlaubsperiode abgelaufen ist oder nicht.

1. Hat der Arbeiter den Urlaub schon während der Urlaubsperiode erhalten und tritt er dann vor Ablauf derselben aus, so hat er zu viel erhalten. Hat er z. B. jährlich 12 Tage Urlaub, diese erhalten und tritt er dann im 6. Monat aus, so hat er nur Anspruch auf 6 Tage. Es handelt sich um einen Fall der ungerechtfertigten Bereicherung, der Arbeitgeber kann das Urlaubsentgelt für 6 Tage gem. § 820 I S. 2 BGB. zurückfordern, da der Urlaub im Hinblick auf die spätere Dienstzeit des Arbeiters gegeben war, die vorzeitige Beendigung des Vertrags von den Parteien bei der Urlaubsgewährung mit Rücksicht auf das Kündigungsrecht als möglich angesehen wurde. Der Arbeitnehmer muß die volle Bereicherung herausgeben, da § 820 I Abs. 2 auf die Vorschrift des § 818 III verweist. Dieser Fall bietet rechtlich keine Besonderheiten.

2. Hat der Arbeiter seinen Urlaub erst nach Ablauf der Urlaubsperiode erhalten, so hat er damit nur den verdienten Lohn bekommen. Tritt er nach dem Urlaubsgenuß aus, so braucht er das Urlaubsentgelt nicht zurückzubezahlen.

In manchen Tarifverträgen fand sich in Beziehung auf die Fälle sub. 2 ziemlich häufig die von Wallichs sogenannte „Lohnverwirkungsabrede". Der Arbeiter verpflichtet sich zur Rückgabe des Urlaubsentgelts, wenn er nicht eine bestimmte Zeit nach dem Feriengenuß noch im Betriebe bleibt. Der Arbeitgeber bezweckt damit, die aufgefrischte Arbeitskraft des Arbeiters dem Betrieb zu erhalten. Eine solche Abrede stellt eine Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeiters dar, der meist nicht gewillt oder in der Lage ist, den Lohn für bis zu 2 Wochen wieder herauszubezahlen. Die Rechtsgültigkeit dieser Verabredung ist in Literatur und Judikatur stark bestritten. Richtiger Ansicht nach ist sie ungültig aus folgenden Gründen:

a) Sie verstößt in ihren Wirkungen gegen die Vorschrift der § 133 a, 122 Gew.O. Die Rückzahlungspflicht bildet eine so schwere Belastung für den Arbeiter, daß nicht mehr von einer gleichen Kündigungsmöglichkeit die Rede sein kann, zumal der Arbeitgeber völlig unbehindert ist. Wenn auch der Arbeitnehmer die rechtliche Möglichkeit zur Kündigung hat, so bestehen doch starke wirtschaftliche Einschränkungen. Ebenso ein Urteil des Kammergerichts München aus dem Jahre 1910 [1]). Die Gew.O. verbiete zwar nur die Festsetzung verschiedener Kündigungsfristen, es laufe jedoch aufs selbe hinaus, wenn man einseitig die Kündigung des Arbeitnehmers

[1]) Gew. u. K.G. 16. Jahrg. Spalte 271.

vor einer bestimmten Frist an die Bedingung einer Zahlung knüpft [2]). Doch war diese Meinung früher stark bestritten, dagegen z. B. ein Urteil des Kaufm.G. Magdeburg vom 24. 9. 13 und Krönig [3]), der auf dem Standpunkt steht – es handelt sich hier um kaufm. Angestellte –, daß der den § 133a 162 der Gew.O. entsprechende § 67 HGB. nicht allgemein eine Erschwerung der Kündigung zu Ungunsten eines Teils verbietet; wie Krönig Liebrecht [7]). Dagegen stehen jedoch Staub [4]), Komm. des Handelsgesetzbuchs und Schleyer [5]) mit Recht auf dem Standpunkt, daß eine solche Bestimmung gegen den Sinn des Gesetzes verstoße.

b) In besonders krassen Fällen, z. B. wenn die Frist der Kündigungserschwerung sehr lang ist, kommt außerdem noch § 138 BGB. in Frage, da es sich um eine sittenwidrige Beschränkung der Handlungsfreiheit handelt [6]). Auch das ist nicht unbestritten, die Anwendung des § 138 wird z. B. verneint vom KG. Magdeburg vom 24. 9. 1913 [8]), es verstoße nicht gegen die guten Sitten, wenn der Arbeitgeber, der den Urlaub für kommende Leistungen des Arbeiters gegeben habe, bei Nichtleistung sein Geld zurückverlange. Ebenso KG. Breslau vom 23. 11. 1911 [9]), Krönig [10]), Liebrecht [11])

c) Wallichs bestreitet die Wirksamkeit der Abrede wegen § 394 BGB. i. V. § 850 ZPO. und der VO. über Lohnpfändung vom 25. 7. 1919 in der Fassung vom 17. 12. 26 und 27. 4. 28. Dieser Gesichtspunkt spielt aber nur eine Rolle, wenn das verbleibende Einkommen unter der Pfändungsgrenze liegt. Wie Wallichs KG. München in Gew.K.G. 16. Jahrg. Spalte 271.

Neuerdings hatte das RAG. vom 26. 3. 1930 (64/30) [12]) zu prüfen, ob im mitteldeutschen Braunkohlenbergbau eine tarifliche Lohnverwirkungsabrede besteht. Es hat verneint, ohne die Frage der evtl. Rechtswirksamkeit zu prüfen.

Leider hat der Entwurf in § 101 die Lohnverwirkungsabrede bei Kündigung durch den Arbeitnehmer zugelassen, allerdings mit

---

[2]) Mit gleicher Begründung Wallichs. S. 80.
[3]) Gew. u. K.G. 17. Jahrg. Spalte 54 und 165.
[4]) Jahrb. d. K.G. Berlin 1912 S. 67.
[5]) Anm. zu § 67/9.
[6]) Gew. u. K.G. 17. Jahrg. Sp. 93.
[7]) Ebenso Wallichs, der auf eine Entscheidung des R.G. in Jur. Wo. 1914 S. 431 und Planck Anm. I 6 zu § 138 hinweist.
[8]) Gew. K.G. 19. Jahrg. Sp. 227.
[9]) Gew. K.G. 18. Jahrg. Sp. 136.
[10]) a. a. O.
[11]) a. a. O.
[12]) Kallee Einzelfr. 30.

der Beschränkung, daß sie ungültig ist, wenn die Kündigung später als 4 Wochen nach Ende des Urlaubs oder aus wichtigem Grund fristlos erfolgt. Damit hat der Arbeitgeber die Möglichkeit, sich durch Kündigung seiner Urlaubsverpflichtung zu entziehen. Mit § 826 BGB. ist im Prozeß oft sehr schwer durchzukommen.

§ 26.

Der Urlaubslohn im Konkurs.

Das Urlaubsgeld als Anspruch aus dem Arbeitsvertrag ist bevorrechtigte Konkursforderung im Sinn von § 61 Ziff. 1 KO.[1]). Nach RAG. vom 16. 6. 29 ergibt sich diese Stellung aus der Natur des Urlaubslohns, sowie der Arbeiter endgültig Urlaub erworben hat. Auch bei Vertragsende bleibt der Urlaub ein Anspruch aus dem Arbeitsvertrag, dessen geldliche Seite der Erfüllung fähig ist und im Konkurs zu den bevorrechtigten Forderungen gehört. Das RAG. hielt es für unerheblich, daß der Kläger gleichzeitig Arbeitgeber als Mitglied einer Bauhütte (G. m. b. H.) war.

§ 27.

B) Der Freistellungsanspruch.

I. Allgemeines.

Wie schon oben erwähnt, hat der Arbeitnehmer mit der endgültigen Festsetzung des Urlaubs durch Einzelvertrag oder Betriebsvereinbarung ein Recht, dem Betrieb fernzubleiben. Erwähnt wurde, daß der Arbeiter dieses Recht ohne Weiteres hat, daß er nur bei ganz bestimmten Anlässen zurückgerufen werden kann und daß eine Freistellung nur möglich ist, wenn an sich eine Arbeitspflicht bestehen würde. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß während des Urlaubs der Arbeiter, da er ja keine Pflicht hat, im Betrieb zu sein, auch Kündigungen und andere Erklärungen des Arbeitgebers, die am schwarzen Brette oder in einer sonstigen betriebsüblichen Form gemacht sind, nicht als ihm zugegangen gelten lassen muß. Will also der Arbeitgeber während des Urlaubs kündigen, so muß er es dem Arbeiter gegenüber direkt tun, doch muß man vom Arbeiter, soweit dies aus Billigkeitserwägungen möglich ist, die Angabe einer Urlaubsanschrift erlangen. Ebenso LAG. Breslau vom 17. 10. 29[1]).

[1]) Betriebsrätezeitschr. d. Met.Ind. 1927 Nr. 2 S. 15.
[2]) Amtl. Samml. Bd. 4 S. 114.
[1]) Bensh. Band 8 S. 74 LAG.

§ 28.

II. Verbot anderweitiger Lohnarbeit.

Der Arbeitgeber hat ein Interesse daran, daß die Arbeitskraft des Arbeiters erhalten wird. Die Wirtschaft hat ein Interesse daran, daß mit dieser Arbeitskraft nicht Raubbau getrieben wird. Für den Arbeiter besteht, wenigstens so lang er jung und gesund ist, die Versuchung, in den Ferien anderweitig zu arbeiten und sich doppelten Lohn zu verdienen. Um diese Gefahr möglichst zu bannen, manchmal auch um den Arbeitgeber gegen Schleuderkonkurrenz seine Arbeiter zu schützen, finden sich in den meisten Tarifverträgen, die im § 18 B erörterten Lohnverfallsklauseln. Selbst wo eine solche nicht besteht, ergibt sich das Verbot anderer Lohnarbeit, doch implicite aus der Natur des Urlaubsanspruchs.

Ob auch ohne ausdrückliche Festsetzung dieser Verfallklausel das Urlaubsentgelt entfällt, ist bestritten und richtiger Ansicht nach zu verneinen. Ebenso Kaskel [2]), Kallee-Kartei und Hueck-Nipperdey [3]), die den Standpunkt vertreten, daß der Urlaub im Zweifel zu bezahlen sei, ohne Rücksicht darauf, wie der Arbeiter ihn verbringt und daß eine Rückforderung des Urlaubsgelds als eine sehr empfindliche Vertragsstrafe ausdrücklicher Abmachung bedürfe. Nach der anderen Ansicht ergibt sich eine Verwirkung des Urlaubsentgelts bei Urlaubsarbeit bezw. eine Zurückzahlung einmal aus dem mutmaßlichen Willen der Parteien bei Eingehung der Urlaubsabrede und dem Zweck des Urlaubs. Dem ist jedoch entgegegenzuhalten, daß die Verwirkungsabrede sehr häufig in Tarifverträgen festgesetzt ist. Ist eine solche nicht festgesetzt, dann läßt das eher den Schluß ziehen, daß sie auch nicht gewollt ist. Zu weitgehend ist es auch, wenn z. B. Wallichs die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers und die Nichtarbeitspflicht des Arbeitnehmers als gegenseitige Verpflichtung auffaßt, sodaß bei Verstoß des Arbeitnehmers nach 275, 280, 324 BGB. auch der Lohn entfällt bezw. zurückgezahlt werden muß und der Arbeitnehmer Schadenersatz zu leisten hat, ebenso ist es zu weitgehend, wenn Jaerisch [4]) im Verbot der Ferienarbeit eine auflösende Bedingung für den Erwerb des Urlaubsanspruch sieht. Zur fristlosen Kündigung wegen Ferienarbeit des gewerblichen Arbeitnehmers ist der Arbeitgeber ohne tarifliche Regelung nicht berechtigt. Die Gründe zur fristlosen Entlassung sind § 123 Gew.O. erschöpfend aufgeführt.

[2]) S. 158.
[3]) Lehrb. § 47 III 8.
[4]) a. a. O.

§ 29.

III. Das Abgeltungsverbot.

Sehr häufig findet sich in den Tarifverträgen (so z. B. in fast allen württembergischen) eine Bestimmung: die Abgeltung des Urlaubs ist ausgeschlossen. Gemeint ist damit, daß es während der Dauer des Arbeitsverhältnisses unzulässig ist, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keinen Urlaub gewährt und ihm dafür doppelten Lohn zahlt. Das Abgeltungsverbot bildet also sozialpolitisch ein Analogon zu dem oben geschilderten Arbeitsverbot; was von der Notwendigkeit und dem Zweck dieses Verbots gesagt wurde, gilt großenteils auch hier.

Besonders zu beachten ist, daß das Abgeltungsverbot nur für den Fall des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses gilt. Das wird manchmal übersehen und behauptet [1]), das Abgeltungsverbot gelte auch für den Fall der Auflösung des Arbeitsvertrags. Habe der Arbeiter den Betrieb verlassen, so sei, da keine Arbeitspflicht mehr bestehe, die Befreiung von derselben begrifflich unmöglich und es sei ja verboten, den Urlaub mit Geld abzulösen, deshalb könne auch keine Entschädigung bezahlt werden. Das kann bei vernünftiger Auslegung dieses Verbots niemals gemeint sein. Das Abgeltungsverbot bezweckt u. a. auch den Schutz des Arbeiters. Die bekämpfte Auslegung würde aber im Gegenteil zu einer schweren Benachteiligung führen. Zu beachten ist dabei vor allem, daß die Geldabfindung den Arbeiter nach Vertragsschluß noch am ehesten in die Möglichkeit von Feriengenuß versetzt und deshalb dem Zweck des Urlaubs am meisten gerecht wird. Völlig abwegig ist es, mit Schmincke den Geldanspruch in diesem Fall nach den Grundsätzen über die Unabdingbarkeit der Tarifverträge zu versagen. Auf dem richtigen Standpunkt steht RAG. vom 2. 3. 29 [2]), das die Geldzahlung auch dann für möglich erklärt, wenn sie an Stelle von Freistellung im Tarifvertrag ausdrücklich verboten ist, mit der richtigen Begründung, daß die Bestimmung normale Arbeitsverhältnisse im Auge habe und verhindern will, daß der Arbeiter seinen Urlaubsanspruch gewissermaßen an den Arbeitgeber verkauft, und daß die Sache bei Ende des Arbeitsvertrags anders liege.

Anhang. Nach Entwurf § 100 II besteht für nichtgenommenen Urlaub außer dem Fall des § 100 I kein Geldanspruch. Diese Bestimmung ist berechtigt, die Denkschrift führt dafür dieselben

[1]) So Schmincke und Warncke a. a. O.
[2]) Amtl. Samml. Bd. 3 S. 277.

Gründe an wie der oben Erwähnten. Wallichs (S. 83) regt an, daß man mit Rücksicht auf dringendes Betriebsinteresse eine Abgeltung des die Mindestdauer überschreitenden Urlaubs gestatte.

§ 30.

IV. Die Stellvertretungspflicht des Nichtbeurlaubten.

Sie ist nötig zur reibungslosen Durchführung des Urlaubs, da die Arbeiten der Beurlaubten sonst unerledigt bleiben würden. Der Arbeitgeber hat deshalb bei vernünftiger Auslegung der Vertragsbestimmungen und infolge seines Direktionsrechts [1]) das Recht, von den Nichtbeurlaubten Uebernahme der Arbeit ihrer beurlaubten Kollegen zu verlangen, soweit die Belange des Betriebs es erfordern. Die Stellvertretungspflicht kann sich nach zwei Seiten erstrecken. Der Arbeiter übernimmt andere Arbeit, auch schwierigere oder unangenehmere, als wozu er vertraglich verpflichtet ist, oder er macht Ueberstunden, die ihm natürlich vergütet werden. In kleineren Betrieben wird die Vertretungspflicht naturgemäß weitergehen als in größeren. Tariflich festgesetzt ist sie z. B. im Tarif der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft § 22 Ziff. 5.

§ 31.

Die Unveräußerlichkeit und Unvererblichkeit des Urlaubsanspruchs.

In dieser zeigt sich die besondere Natur des Urlaubsanspruchs und seine prinzipielle Verschiedenheit vom Lohnanspruch. Der Urlaubsanspruch ist ein höchstpersönliches Recht, daher unveräußerlich und unvererblich. Der Grund ist [1]), im Zweck des Urlaubs zu sehen, der auch dem Interesse des Arbeitgebers dienen soll. Auch Jaerisch [2]) ist dieser Ansicht. Sowohl der Freistellungsanspruch (was ja selbstverständlich ist) als der Geldanspruch sind unveräußerlich und unvererblich.

Die Judikatur neigt teilweise zur entgegengesetzten Ansicht. Das Urteil des LAG. Krefeld-Uerdingen vom 27. 11. 29 [3]) sieht im Urlaubsentgelt einen Anspruch, der nach dem definitiven Erwerb durch

[1]) Wallichs S. 42.
[1]) Ebenso Hueck-Nipperdey § 47 III 9.
[2]) a. a. O.
[3]) Bensh. Band 9 S. 63 LAG.

den Arbeitnehmer im Falle des Todes desselben auf die Erben übergeht, da es sich um einen rein vermögensrechtlichen Anspruch handle und als solcher vererblich und veräußerlich sei, soweit nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt sei. Anderer Ansicht ist ein bei obigem Urteil zit. Urteil des LAG. Chemnitz vom 13. 8. 29 und Hueck in der Anmerkung zum Urteil des LAG. Krefeld-Uerdingen.

Das RAG. hat in zwei neueren Urteilen vom 8. 1. 30 (369/29) [4]) und vom 15. 2. 30 (415/29) [5]) sich auf den Standpunkt gestellt, daß der Urlaubsanspruch als selbständiger Anspruch unvererblich ist, trotzdem er ein Entgelt für geleistete Arbeit darstellt. Das erste Urteil stellt darauf ab, daß z. Zt. des Todes des Urlaubsberechtigten der Urlaub noch nicht in einen reinen Geldanspruch übergegangen war, da im Fall des Weiterlebens Gewährung in natura noch möglich gewesen wäre, und läßt für diesen Fall die Regelung dahingestellt. Das zweite Urteil bestimmt jedoch die Unvererblichkeit für alle Fälle, da der Urlaub an die Person des betreffenden Arbeiters durch seinen Zweck verknüpft sei und daher die Unvererblichkeit der allgemeinen Rechtsauffassung entspreche. Dem ist beizutreten. So auch Gros in seiner Anm. zu Kart. Kallee.

7. Kapitel.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und ihr Einfluß auf den Urlaubsanspruch.

Einleitung:

Große Schwierigkeiten machte früher die Frage, wie es ist, wenn der Arbeiter aus dem Betrieb ausscheidet und noch Anspruch auf Urlaub hat. Da man im Urlaub nur einen Freistellungsanspruch sah — sofern man ihn nicht als Schenkung betrachtete — wandte man bei Ende des Arbeitsverhältnisses die Grundsätze über Verzug und Unmöglichkeit der Leistung an. Dadurch herrschte eine große Unsicherheit in Literatur und Judikatur, auch waren die Ergebnisse, zu denen man kam, oft sehr unbefriedigend. Das RAG. hat hier Wandel geschaffen. Im Folgenden soll zuerst seine Ansicht behandelt werden, dann die Gegenansichten.

[4]/[5]) Amtl. Samml. Band 5 S. 115 und Amtl. Samml. Band 5 S. 157.

§ 32.

Die Ansicht des Reichsarbeitsgerichts.

I. Zusammenfassung.

Die Ansicht des RAG. ist in kurzen Zügen folgende:

1. Der Urlaub ist ein Anspruch aus dem Arbeitsvertrag genau wie der Lohnanspruch.

2. Er besteht aus zwei Ansprüchen: dem Anspruch aus Freistellung und dem Anspruch auf Urlaubsentgelt.

3. Die Entstehung des Anspruchs auf Urlaubsentgelt ist von der Entstehung des Freistellungsanspruchs abhängig, er entsteht also erst mit diesem.

4. Dagegen ist die Erfüllung des einen Anspruchs von der Erfüllung des anderen unabhängig. Hat das Arbeitsverhältnis geendet, so kann nicht mehr Freistellung, wohl aber der Ferienlohn gewährt werden. Zu beachten ist dabei, daß der Urlaub in erster Linie Naturalanspruch ist. Auch bei Kündigung kommt primär Gewährung der Freizeit in Betracht, selbst wenn dadurch tarifliche Bestimmungen über die Ferienzeit verletzt werden.

5. Da es sich um wohlerworbene Ansprüche des Arbeiters handelt, ist der Grund der Beendigung ohne Einfluß auf das Recht auf Urlaubslohn. Auch wenn der Arbeiter gekündigt hat, ja sogar wenn er mit Recht fristlos entlassen wurde, bleibt der Anspruch auf Urlaubslohn bestehen.

6. Der Urlaub ist Entgelt für die ganze Urlaubsperiode. Scheidet der Arbeiter während dieser aus, so hat er im Zweifel keinen Anspruch auf anteiligen Urlaub für die zurückgelegte Teilperiode, da eine Voraussetzung, nämlich der Ablauf der Urlaubsperiode nicht erfüllt ist, doch hat das RAG. zu dieser Frage noch nicht entscheidend Stellung genommen.

Natürlich kann auch durch Tarifvertrag in allen diesen Punkten eine andere Regelung getroffen werden, hier ist alles Auslegungssache. Sehr häufig entfällt z. B. tariflich der Urlaubsanspruch bei berechtigter fristloser Entlassung des Arbeiters. Diese Vereinbarung ist nach dem Urteil des RAG. vom 25. 9. 29 (100/29)[1]) auch nicht zu beanstanden.

[1]) Bensh. Band 7 S. 148.

II. Einzelheiten.

Grundlegend sind die Urteile vom 12. 1. 29 (266/28)[2]) und vom 23. 3. 29 (482/28)[3]). Das erstere betrifft die Verhältnisse im Mitteldeutschen Braunkohlen-Bergbau, das letztere im Rheinisch-Westfälischen Steinkohlen-Revier. Beide erörtern die Doppelnatur des Urlaubsanspruchs, das zweite außerdem dessen Voraussetzungen und stellen dabei fest, daß der Urlaubsanspruch nicht erst mit der Erteilung durch den Arbeitgeber erworben wird. Wichtig ist, daß beide die Erfüllung des Geldanspruchs von der Erfüllung oder Nichterfüllung infolge Unmöglichkeit des Freistellungsanspruchs unberührt lassen. Weitere Entscheidungen des RAG. über die Frage der Doppelnatur und der Erfüllung des Geldanspruchs ergingen am 2. 3. 29 (437/28)[4]). Dieses Urteil wendet außerdem die tarifvertragliche Bestimmung des Abgeltungsverbots nur auf den Fall des Weiterbestehens des Arbeitsvertrags an. Ferner Urteil vom 13. 3. 29 (476/28)[5]), das die Entgeltsnatur des Urlaubs hervorhebt. Auch sonst hat das RAG. seither in zahlreichen Fällen auf die Entgeltsnatur und den Doppelanspruch hingewiesen und damit auch implicite Weiterbestehen des Geldanspruchs bei Kündigung bejaht.

Die Frage des Teilurlaubs wurde schon oben § 12 erörtert.

Mit der Frage der Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei berechtigter fristloser Entlassung durch den Arbeitgeber beschäftigt sich das Urteil vom 13. 3. 29. Aus der Erwägung heraus, daß Urlaub Lohn für bereits geleistete Arbeit ist, gewährt es dem Arbeitnehmer Anspruch auf Urlaubsentgelt. Ein Urteil vom gleichen Tag[6]) behandelt den Fall unberechtigter fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer und kommt zum gleichen Resultat, unbeschadet des Rechts des Arbeitgebers auf Schadenersatz wegen Vertragsbruchs. Die Arbeitgeber schützen sich gegen diese Folgen häufig durch tarifliche Bestimmungen, daß bei berechtigter fristloser Entlassung der Urlaubsanspruch entfällt. Im Urteil des RAG. vom 18. 12. 29 (320/29)[7]) wird die Rechtslage bei fristloser Entlassung des Arbeiters infolge Streiks behandelt. Die fristlose Entlassung wurde vom RAG. als berechtigt anerkannt, da der Tarifvertrag (Manteltarif für das deutsche Holzgewerbe) bei berechtigter

[2]) Amtl. Samml. Band 3 S. 130.
[3]) Amtl. Samml. Band 3 S. 330.
[4]) Amtl. Samml. Band 3 S. 277.
[5]) Amtl. Samml. Band 3 S. 306.
[6]) 460/28 Bensh. Samml. Band 6 S. 75.
[7]) Bensh. Samml. Bd. 7 S. 493.

fristloser Entlassung den Urlaubsanspruch versagt, wurde die Klage abgewiesen.

Bedenklich ist ein Urteil des RAG. vom 25. 9. 29 (100/29)[8]). Bei berechtigter fristloser Entlassung durch den Arbeitgeber war Verwirkung abgemacht und der zu Recht fristlos entlassene Arbeiter hatte neben dem teilweise im Betrieb verbrachten Jahr für das letztverflossene ganze Urlaubsjahr noch keinen Urlaub erhalten. Das RAG. stellt sich auf den Standpunkt, daß nicht nur der Teilurlaub des letztverflossenen Jahrs verwirkt sei, sondern auch der des vorhergehenden vollen Jahrs, da nach den Bestimmungen des Tarifvertrags die Verwirkung den ganzen noch nicht erhaltenen Urlaub betreffe (gebilligt von Hueck in seiner Anmerkung bei Bensh.). Die Entscheidung ist bedenklich. Hat der Arbeiter schon den Urlaub für das erste Urlaubsjahr genommen und wird dann im letzten fristlos entlassen, so verliert er nur den Urlaubsanspruch für das letzte. Hatte er aber (vielleicht aus Entgegenkommen gegen den Arbeitgeber) den Urlaub für das erste Jahr nicht genommen, so verliert er neben dem Teilanspruch auch noch den vollen Urlaubsanspruch für das erste Jahr. Das ist unbillig, die Verwirkungsabrede hat den Charakter einer Vertragsstrafe, es ist daher bei ihrer Auslegung Vorsicht geboten.

Bestand vor der unberechtigten Kündigung bereits ein festerworbener Urlaubsanspruch, so wird dieser nach RAG. vom 6. 7. 29 (50/29)[9]) durch die Zahlung einer Entschädigung gemäß § 84 II, 87 BGB. nicht abgegolten, da der Urlaubsanspruch für die Zeit vor der Kündigung erworben wurde und die Entschädigung aus dem Betriebsrätegesetz als Entschädigung für die Auflösung als solche und für entgangenen Lohn nach der Kündigung aufzufassen ist. Ebenso hat auch das AG. Greiz am 7. 11. 28[10]) entschieden. Die Unmöglichkeit der primären Entstehung des Anspruchs auf Urlaubslohn behandeln zwei Urteile des RAG. v. 19. 3. 30 (583/29)[11]) und Akt.Z. 535/29[12]), die sich beide auf den Tarifvertrag für das Rheinisch-Westfälische Steinkohlen-Revier beziehen und den Grundsatz aufstellen, daß ein Geldanspruch für den wegen des Austritts des Arbeitnehmers nicht erhaltenen Urlaub nur dann in Frage komme, wenn der Urlaub am Tage des Austritts bereits fest erworben gewesen sei, aber wegen des Austritts nicht habe in na-

[8]) Bensh. Samml. Bd. 7 S. 148.
[9]) Bensh. Samml. Bd. 6 S. 384.
[10]) Arb.Ger. 1928 454.
[11]) Amtl. Samml. Band 5 S. 222.
[12]) Amtl. Samml. Band 5 S. 247.

tura gewährt werden können. Sei aber der Freistellungsanspruch noch nicht fest erworben gewesen, so könne natürlich auch keine Entschädigung in Frage kommen.

III. Anhänger des RAG.

Zu dem Ergebnis des RAG., daß der Urlaub auch nach der Kündigung durch Zahlung der Urlaubssumme gewährt werden könne, kommen schon vor dem RAG. verschiedene Gewerbe- und Arbeitsgerichte ohne die Konstruktion des Doppelanspruchs.

Die erste Entscheidung dieses Inhalts hat wohl GG. Hannover in seinem Urteil vom 1. 8. 22[13]) gebracht in einem Fall, wo der Arbeiter zu Recht fristlos entlassen war. Das GG. billigt ihm den erworbenen Teilurlaub zu mit der Begründung, daß im einschlägigen Tarifvertrag eine Verwirkung des Urlaubsanspruchs nur bei anderweitiger Lohnarbeit festgesetzt sei. Der Arbeiter habe somit in allen anderen Fällen Anspruch auf Urlaub. Bei Entlassungen infolge Streiks hat ein Urteil des GG. Stuttgart vom 11. 7. 21[14]) dem Arbeiter Anspruch auf Urlaub gegeben.

Auch in der Judikatur der Landesarbeitsgerichte ist der Gedanke der Berechtigung des Urlaubsanspruchs nach der Entlassung schon vor den Urteilen des RAG. immer mehr zum Durchbruch gekommen. Auch das LG. Lübeck gewährt in seinem Urteil vom 31. 5. 23[15]) Entgelt für Urlaub unter Zugrundelegung der Bestimmung des § 611 BGB., da nach den Vertragsbestimmungen auch Urlaubsgewährung Lohnanspruch sei, der zur Zeit der Kündigung bereits fällig war. Da dieser nicht mehr gewährt werden konnte, habe der Arbeitgeber Schadenersatz zu leisten, der Schaden bestehe darin, daß dem Kläger die Möglichkeit genommen wurde, ohne Arbeit Lohn zu beziehen und werde durch Zahlung des Urlaubsentgelts gutgemacht.

Bemerkenswert sind vor allem die Urteile LAG. Königsberg vom 18. 1. 28[16]), Harburg-Wilhelmsburg vom 26. 3. 28[17]), Düsseldorf vom 4. 6. 28[18]). (Dieses für den Fall der berechtigten fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber). Elberfeld vom 22. 8. 28[19]).

[13]) Gew. K.G. Band 28 S. 88.
[14]) Schli.We. 4. Jahrg. S. 152.
[15]) A. Z. f. A. 1923 S. 761.
[16]) Bensh. Band 2 S. 58 LAG.
[17]) Bensh. Band 2 Nr. 67 LAG.
[18]) Bensh. Band 3 Nr. 86.
[19]) Rechtsprechung in Arb.Sachen Jahrg. 1928 Nr. 281.

In der Literatur wird die Ansicht des RAG. vor allem gebilligt von Gros [20]), Kallee [21]), Kaskel [22]), Deckert [23]), bekämpft neuerdings von Massing a. a. O.

§ 100 des Entwurfs behandelt die früher sehr bestrittene Lehre von der Wirkung des Vertragsendes auf den Urlaub. Grundsätzlich wird bestimmt, daß der Urlaubsanspruch durch Beendigung des Arbeitsvertrags vor dem Erhalt des Urlaubs nicht erlischt und dabei dem Grundsatz der heutigen Rechtssprechung gefolgt. Eine Ausnahme wird — freilich unkonsequenterweise, jedoch unter Anlehnung an weitverzweigte tarifliche Regelung — nur gemacht, wenn der Arbeitnehmer selbst einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung verschuldet hat. Warum diese Ausnahme ins Gesetz aufgenommen worden ist, ist nicht recht ersichtlich; jedenfalls mit Rücksicht auf die übliche tarifliche Regelung. Es hätte ja in der Hand der Parteien gelegen, die Verwirkung zum Gegenstand eines Tarifvertrags zu machen. Hueck empfiehlt mit Rücksicht auf die höchstpersönliche Natur des Urlaubsanspruchs diesen bei Beendigung des Arbeitsvertrags durch Tod des Arbeitnehmers für erloschen zu erklären. Dem muß beigetreten werden. Gegen den Wortlaut des Gesetzes, daß nur bei fristloser Kündigung durch Verschulden des Arbeitnehmers der Urlaub entfällt, gewährt die Denkschrift nur Urlaub bei Kündigung durch den Arbeitgeber, sodaß der Urlaub auch entfallen würde, wenn der Arbeitnehmer fristlos kündigt. Die Denkschrift und der Gesetzestext stehen hier in einem Widerspruch, der der Klärung bedarf (vgl. Molitor-Hueck-Riezler) a. a. O.

§ 33.

Die früher vertretenen Ansichten.

Diese sahen in der Urlaubsgewährung lediglich eine Freistellung von der Arbeit. Daß es sich um einen rechtlichen Anspruch handelt, wird anerkannt. Als Schenkung wird der Urlaub meist nicht mehr aufgefaßt. Doch wird der Urlaubslohnanspruch nicht als solcher gebilligt [1]). Geschuldet werde lediglich die Freistellung. Nur aus sozialen Gründen werde der Lohn weiterbezahlt. Daneben spielt der „Zweck" des Urlaubs eine Rolle, in dem man unter der Nachwirkung der Auffassung als Schenkung nur eine Institution zu Nutz

20) Anmerk. bei der Kartei-Einzelfragen.
21) Kartei „Allgemeines" § 3 6 IV.
22) § 36 IV a. a. O.
23) Gew. K.G. 28. Jahrg. S. 29.
1) z. B. Massing.

und Frommen des Arbeitgebers erblickt. Auch Wallichs[3]) sieht in der Lohnzahlung nur ein Mittel, um die Freizeit zu ermöglichen und den Urlaub durch den Wegfall von Existenzsorgen erst fördernd zu gestalten. Die Urlaubsgewährung selbst faßt Wallichs als „soziales Schutzrecht" auf, dem als Aequivalent die „Treupflicht" des Arbeitnehmers gegenüberstehe. So kommt man dazu, eine Unmöglichkeit der Leistung des Urlaubsanspruchs anzunehmen und die Grundsätze über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug (BGB § 275, 280, 286, 323 ff., 326), auch hier anzuwenden. Warncke[4]) bezeichnet diese Unmöglichkeit als eine juristische, da in vielen Tarifverträgen es verboten sei, dem Arbeiter anstatt des Urlaubs Lohn zu zahlen. Tue der Arbeitgeber dies dennoch, dann verstoße er gegen den Tarifvertrag. Das könne ihm nicht zugemutet werden. Diese Folgerung ist ganz abwegig und wird auch von Wallichs mit Recht abgelehnt unter Hinweis auf § 1 der TVVO. Wallichs sieht in der Urlaubserteilung nicht einen gegenseitigen Vertrag, bei dem sich die Unmöglichkeit der Leistung nach § 323 ff BGB. beurteilt, sondern er beurteilt diese lediglich nach § 275 BGB. Es handle sich bei der Urlaubsgewährung nicht um eine Leistung des Arbeitgebers, die im Hinblick auf eine Gegenleistung gewährt werden, sondern um eine für sich bestehende auf sozialpolitischen Erwägungen beruhende Leistung, deren Aequivalent in der Treupflicht des Arbeitnehmers zu suchen sei.

Der Anspruch auf Urlaubsentgelt nach der Kündigung wird bald als Schadenersatzanspruch, bald als Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung aufgefaßt. Jaerisch[5]) sieht den Schaden darin, daß auf die Dienste des Arbeitnehmers nicht verzichtet wurde. Wallichs[6]) sieht den Schaden darin, daß der Arbeiter während des Urlaubs einen vom gewöhnlichen Lohnanspruch verschiedenen Ferienlohnanspruch zu erhalten hätte und um diesen nun geschädigt wird.

Interessant ist ein Urteil des GG. Burgstädt vom 5. 7. 23, daß die Urlaubsgewährung das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraussetze, da der Tarifvertrag festsetze, daß „alle im Betrieb beschäftigten Arbeiter Urlaub zu beanspruchen hätten". Auch sei es der Zweck des Urlaubs, daß der Arbeiter sich darin im Interesse des Arbeitgebers erhole. Ein Beispiel von falscher Wortauslegung.

[3]) S. 9.
[4]) a. a. O.
[5]) a. a. O.
[6]) Wallichs S. 72.
[7]) Schli.We. 24. Jahrg. S. 39.

Da ein Schadenersatzanspruch von Verschulden des zu der Leistung Verpflichteten abhängig ist, wird unterschieden, ob die Kündigung durch den Arbeitnehmer oder durch den Arbeitgeber erfolgt ist. Ferner (wegen der Frage der Unmöglichkeit) ob sie mit vertraglicher Kündigungsfrist erfolgt oder ob sie fristlos war. Außerdem wird sehr häufig darauf abgestellt, ob der als Bedingung des Urlaubs aufgefaßte Ablauf der Wartezeit [8]) oder der Urlaubsperiode [9]) eingetreten ist. Die einzelnen Fälle sind im Folgenden zu prüfen.

1. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitnehmer.

Ein Urlaubsanspruch bezw. ein Lohnanspruch für den entgangenen Urlaub wird meist verneint. Manchmal wird geltend gemacht, der Arbeiter verzichte durch die Kündigung auf Urlaub [10]), ohne daß man bedenkt, daß ein Verzichtswille in der Regel nicht vorliegt. Massing [11]) verneint den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers, während Hueck-Nipperdey [12]) ihn zuerkennt und Wallichs ihn im Falle rechtzeitiger Geltendmachung gewährt. Im Ergebnis ebenso GG. Berlin vom 14. 11. 22 [13]). Eine Mittelstellung nimmt LAG. Berlin vom 26. 10. 27 [14]) ein, das den Urlaub dann gewährt, wenn die Kündigung aus „sozial berechtigten Gründen" erfolgt, z. B. zur Erlangung einer besseren Stellung. Die Kündigung stehe an sich im Belieben des Arbeitnehmers, dürfe aber nicht zu einer Sprengung des Arbeitsverhältnisses führen. U. E. eine zu patriarchalische Auffassung des modernen Arbeitsvertrags und eine Ueberspannung der Treupflicht des Arbeitnehmers, dem Hintansetzung berechtigter wirtschaftlicher Interessen zugemutet wird. Sehr häufig findet sich auch die Auffassung, daß der Arbeiter die Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung zu vertreten habe und deshalb den Entgeltsanspruch verliere, z. B. bei Warncke.

2. Fristgemäße Kündigung durch den Arbeitgeber.

Der Arbeitgeber hat bei Kündigung vor Ablauf der für den Erwerb des Urlaubs maßgeblichen Frist die Verpflichtung dem Arbeiter in der Kündigungsfrist Urlaub (vgl. § 15 D) oder wenn dies nicht möglich oder tunlich ist, Entgeld zu gewähren. Nach Warncke [15]) hat der Arbeiter keinen Urlaubsanspruch, da die Be-

8) Kaskel § 36 IV b, Schmincke Gew. K.G. 25. Jahrg. S. 22.
9) Warncke und Jaerisch.
10) z. B. Jaerisch, dagegen Wallichs S. 78.
11) a. a. O.
12) § 49.
13) A. Z. f. A. 1923 S. 123.
14) Bensh. Bd. 2 S. 111 LAG., abgelehnt in der Anm. von Hueck.
15) Kartei-Urlaub und Kündigung.

dingung für die Entstehung desselben noch nicht eingetreten, die Leistung außerdem unmöglich geworden ist und der Arbeitgeber diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, weil er mit der Kündigung nur ein im vertraglich zustehendes Recht ausübte, zuletzt im Hinblick auf den Zweck des Urlaubs und dessen Rechtsnatur. Ebenso Gew.Ger. Berlin vom 27. 3. 23[16]) und Burgstädt vom 5. 7. 23 (s. o.) sowie Nikisch[17]).

Sind die Voraussetzungen für den Urlaub erfüllt, dann besteht ein Anspruch auf Urlaub, der Urlaub ist dann in die Kündigungsfrist zu legen, auch wenn er bereits anderweitig festgesetzt wurde. Nach Schmincke[18]) hat hier die Urlaubsvereinbarung die Wirkung auf die Kündigungsfrist, daß die Bestimmungen des Urlaubs der Bestimmung über die Kündigungsfrist vorgehen, soweit letztere das Recht auf Urlaub gefährden würden. Warncke gesteht ebenfalls einen Urlaubsanspruch zu, doch hat der Arbeitnehmer die Pflicht, so rechtzeitig um Urlaub zu bitten, daß der Arbeitgeber seine Zeit einteilen kann. Reicht die Kündigungsfrist noch aus, so hat der Arbeitgeber in der Regel die Pflicht, den Urlaub in die Kündigungsfrist zu legen, und das Recht, sie in diese Zeit zu legen, selbst wenn eine andere Ferienzeit tariflich bestimmt ist. Ebenso Arb.Ger. Cleve vom 21. 7. 27[19]).

Allgemein wird anerkannt z. B. vom LAG. Berlin vom 21. 6. 28[20]), daß der Arbeitgeber Schadenersatz zahlen muß, unter dem Gesichtspunkt des § 162 BGB., wenn er durch unmotivierte Kündigung den Eintritt der Urlaubsbedingungen zu verhindern sucht[21]).

3. Fristlose Kündigung durch den Arbeitnehmer.

Hat der Arbeitgeber dem Arbeiter einen wichtigen Grund zum fristlosen Austritt gegeben, so ist er nach den Grundsätzen des § 280 BGB. schadenersatzpflichtig. Das nimmt z. B. Jaerisch[22]) und Wallichs an, ebenso Schminke[23]). Gegen die Gewährung von Entschädigungen spricht sich auch in diesem Fall Freymuth aus[24]) mit der Begründung, daß der Arbeitgeber keinen Vermögensschaden erlitten

[16]) Schli.We. 3. Jahrg. S. 127.
[17]) a. a. O.
[18]) a. a. O.
[19]) Arb.Ger. 1927, 324.
[20]) Bensh. Band 3 S. 112 LAG.
[21]) Ebenso Specovius und Goerrig a. a. O.
[22]) a. a. O.
[23]) a. a. O.
[24]) a. a. O.

habe und nach § 253 II BGB. Ersatz des immateriellen Schadens nur in den im Gesetz ausdrücklich angeführten Fällen in Frage komme (tatsächlich ist der Arbeiter um den Urlaubslohn geschädigt, hat also einen materiellen Schaden). Auch Warncke gesteht dem Arbeitnehmer Urlaubslohn als Schadenersatz zu, auch wenn die Urlaubsperiode oder Wartezeit noch nicht abgelaufen war, ebenso liegt der Fall, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer grundlos fristlos kündigt; auch hier hat er die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet.

4. Berechtigte fristlose Kündigung durch Arbeitgeber.

Richtiger Ansicht nach hat der Arbeiter auch hier ein Recht auf Urlaub bezw. Urlaubslohn, da es sich um einen wohlerworbenen Anspruch aus dem Arbeitsvertrag handelt (ebenso die Judikatur des RAG.).

Sonst wird in Literatur und Judikatur ein Anspruch auf Urlaub sehr oft verneint. Eine Entscheidung des Schlichtungsausschusses Frankfurt/Main vom 20. 6. 21 [25]) sieht den Grund im Ende des Arbeitsvertrags, mit dem alle vertraglichen Rechte und Pflichten aufhören. Das ist unrichtig, durch die sofortige Kündigung gehen nur künftige, nicht bereits erworbene Rechte unter. Daneben spielt vor allem der Gesichtspunkt eine Rolle, daß der Arbeiter die Urlaubserteilung durch eigenes Verschulden unmöglich gemacht habe, somit der Arbeitgeber nach § 275, 364 BGB. von seiner Leistungspflicht befreit wird. Bei Warncke kommt außerdem noch der Gesichtspunkt zum Ausdruck, daß man es dem Arbeitgeber billigerweise nicht zumuten könne, dem Arbeitnehmer, der gröblich seine Pflichten verletzt habe, nun auch noch Urlaub zu geben. Das ist eine Reminiszenz an die Betrachtung des Urlaubs als Schenkung.

In der Judikatur verwirft den Urlaub des Arbeitnehmers bei berechtigter fristloser Entlassung z. B. LAG. Frankfurt/Main vom 12. 9. 27 [26]).

Tarifvertragliche Regelung des Urlaubs bei Kündigung in den württembergischen Tarifverträgen.

Wo im Tarifvertrag keine ausdrückliche Bestimmung über die Regelung des Urlaubs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses getroffen wurde, gilt das im vergangenen Kapitel über den Stand-

[25]) Schli.We. Jahrg. 3 S. 14.
[26]) Bensh. Band 1 S. 67 LAG.

punkt des RAG. Gesagte; diesem schließen sich auch die württ. Arbeitsgerichte an. Der Arbeiter hat also bei Kündigung Anspruch auf Zahlung des Urlaubslohns, soweit der Urlaub nicht mehr in die Kündigungsfrist gelegt werden kann. Ohne ausdrückliche Bestimmung verliert der Arbeiter den Urlaubsanspruch bei Entlassung nicht, auch nicht bei Kündigung durch ihn selbst oder bei berechtigter fristloser Entlassung.

Der Verlust des Urlaubsanspruchs bei berechtigter fristloser Entlassung durch den Arbeitgeber findet sich fast in allen württ. Tarifverträgen. Der Tarifvertrag der Chemischen Industrie verzeichnet unter den Tatbeständen, die bei fristloser Entlassung zum Verlust des Urlaubsanspruchs führen, auch die Kündigung auf Grund wilden, d. h. von der Arbeitnehmerorganisation nicht gebilligten Streiks. Dabei wird in manchen Tarifverträgen Urlaubslohn auch bei fristloser Kündigung dann gewährt, wenn sie wegen Krankheit des Arbeitnehmers erfolgte, so z. B. in der Schwarzwälder Uhren-Industrie. Abgesehen von dieser Einschränkung wird Urlaubsentgelt nach der Kündigung in den meisten Tarifverträgen gewährt. Z. B. Metall-Industrie, Holz-Ind., Elektr. Werke, Ziegel-, Zentralheizungs-, Kleider-Industrie und Tarifvertrag der Gemeindearbeiter.

Andere Tarifverträge verweigern außer im Fall § 123 Gew.O. den Urlaubslohn auch bei Kündigung durch den Arbeitnehmer. Z. B. Textil-, Schuh-, Chemische Industrie, Buchdrucker-Gewerbe, Lithographen-Gewerbe, Branntwein-Industrie und Korsett-Ind.

Keine tarifliche Regelung dieser Punkte findet sich in den Tarifverträgen für die Reichsbahn-Arbeiter, der Stuttgarter Brauereien, der Schokoladen- und der Leder-Industrie.

8. Kapitel.

Das Erlöschen des Urlaubsanspruchs.

In erster Linie kommen die Vorschriften des BGB. über das Erlöschen von Schuldverhältnissen zur Anwendung. (§ 362 BGB.). Daneben die Vorschriften des Dienstvertrags (§ 611 ff. BGB.) Soweit sich Besonderheiten aus der Natur des Urlaubsanspruchs ergeben, werden sie im Einzelnen behandelt, doch wird meist ein kurzer Hinweis genügen, da die einschlägigen Probleme schon früher behandelt wurden.

§ 34.

Die Erfüllung.

Die Erfüllung des Urlaubsanspruchs besteht bei Fortdauer des Arbeitsverhältnisses darin, daß der Arbeiter unter Weiterzahlung des Lohns von der Arbeitspflicht befreit wird. Hat der Arbeiter seine Freizeit genossen, dann ist der Freistellungsanspruch erloschen, nicht schon mit der Erteilung des Urlaubs. Der Geldanspruch erlischt mit der Zahlung.

Daß der Urlaub auf einmal gewährt werden muß (§ 266 BGB.) daß also vorschußweise erhaltener Urlaub und andere Arbeitsversäumnisse nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen angerechnet werden dürfen, wurde schon oben ausgeführt.

Während der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist Erfüllung des Freistellungsanspruchs, wie oben ausgeführt, durch eine andere Leistung unmöglich.

§ 35.

Die Aufrechnung.

Gemäß § 387 BGB. ist zur Aufrechnung erforderlich, daß sich auf beiden Seiten Verpflichtungen gegenüberstehen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind. Eine dem Freistellungsanspruch gleichartige Gegenforderung des Arbeitgebers ist in der Regel nicht gut denkbar, sodaß für gewöhnlich auch keine Aufrechnung möglich ist. Begrifflich undenkbar, wie Kallee-Kartei annimmt, ist sie allerdings nicht. Bei unberechtigten Arbeitsversäumnissen des Arbeitnehmers ist häufig tariflich ein Abzug am Urlaub vorgesehen, der wohl als Aufrechnung anzusehen ist.

Ist nach Aufhebung des Arbeitsverhältnisses nur noch der Urlaubslohn geschuldet, so kann gegen diesen als einen Geldanspruch mit anderen Geldforderungen aufgerechnet werden, z. B. mit Schadenersatzansprüchen aus Vertragsbruch oder unerlaubter Handlung.

§ 36.

Der Verzicht.

Gemeint ist hier nicht der Verzicht auf Freistellung von der Arbeit gegen doppelten Lohn, den wir oben behandelt haben, sondern die Frage des Verzichts auf den Urlaubsanspruch in toto, d. h. auf den Freistellungsanspruch und Urlaubslohn. Im Grunde genom-

men handelt es sich um dieselben Probleme, wie sie Judikatur und Literatur bei der Frage des Tariflohnverzichts hinreichend beschäftigt haben. Wenn kein Tarifvertrag besteht, ist die Möglichkeit eines Verzichts auf den Urlaub nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen ohne Weiteres zu bejahen.

Bei Vorliegen eines Tarifvertrages ist zu unterscheiden, ob auf den Urlaubsanspruch schon bei Eingehung des Vertragsverhältnisses oder erst bei Fälligkeit des Urlaubs verzichtet wird.

Vor dem Entstehen des Anspruchs kann nach § 1 TVVO. auf tariflichen Urlaub rechtswirksam nicht verzichtet werden.

Ist der Urlaubsanspruch einmal fällig, dann kann auf den tariflichen Urlaub rechtswirksam verzichtet werden. Das wird von der herrschenden Lehre [1]) und von der Judikatur anerkannt, doch werden vom RAG. in der letzten Zeit an den Verzichtwillen sehr strenge Anforderungen gestellt. Nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 123 BGB.) kann eine Verzichtserklärung angefochten werden, wenn sie durch Drohung, z. B. mit Entlassung erzwungen war. Darüber hinaus versagt das RAG. [2]) einem Tarifverzicht dann die rechtliche Wirkung, wenn der Verzicht abgegeben wurde aus Furcht vor Entlassung und unter dem wirtschaftlichen Druck des Arbeitgebers. Macht der Arbeitnehmer trotz seiner früheren Verzichtserklärung bei oder unmittelbar nach der Entlassung an Stelle des tariflich zustehenden Urlaubs den Urlaubslohn geltend, dann ist ihm dieser zu gewähren. Das RAG. neigt überhaupt dazu, solche Tarifverzichte möglichst zu unterbinden.

Von den Verzicht streng zu trennen ist der Fall der Verwirkung, d. h. das Erlöschen des Urlaubsanspruchs durch Nichtgeltendmachung. Die Verwirkung ist eine Ausschlußfrist. Der Verlust der Rechte tritt ohne Verzichtswillen des Berechtigten mit dem Ablauf der Frist ein, das Recht geht auch dann unter, wenn der Berechtigte es gar nicht geltend machen konnte [3]). Eine Unterbrechung oder Hemmung der Ausschlußfrist (wie bei der Verjährungsfrist) gibt es nicht. In den Tarifverträgen ist die Bestimmung einer solchen nicht selten; besonders in dem Sinn, daß der Arbeiter seinen Urlaubsanspruch verliert, wenn er ihn bei Austritt nicht geltend macht. Eine solche Bestimmung findet sich z. B. im Tarifvertrag des Hoch-, Tief- und Beton-Gewerbes. Ein Urteil des LAG. Magdeburg vom 14. 11. 29 [4]) bestimmt Verwirkung des Urlaubs schon dann, wenn der Arbeiter

[1]) Vergl. z. B. Lange A. Z. f. A. 1929 Sp. 161.
[2]) z. B. Urt. v. 27. 6. 28. (56/28). Amtl. Samml. Band 2 S. 159.
[3]) Komm. der RGR. Anm. 1 zu § 184 mit Hinweis auf RGE. 48, 162.
[4]) Nicht veröffentlicht, zit. in den Akten des AG. Stuttgart P. 1850/30.

erst am Tag nach dem Austritt, noch ehe er seine Arbeitspapiere abgeholt hat, den Urlaub verlangt. Das ist unbillig; man kann hier zwanglos als Zeitpunkt des endgültigen Austritts die Aushändigung der Urlaubspapiere auffassen.

§ 37.

Die Verjährung des Urlaubsanspruchs.

Diese ist von der Ausschlußfrist streng zu trennen, sie begründet nach § 222 BGB. lediglich eine Einrede. Auch gibt es Hemmung und Unterbrechung der Verjährungsfrist.

Auch für den Urlaub als einen Anspruch aus Dienstvertrag gelten die allgemeinen Vorschriften über Verjährung, besonders die des § 196 I Ziff. 9 BGB. Die allgemeinen Grundsätze über Hemmung und Unterbrechung der Verjährungsfrist gelten auch hier; doch wird man neben der Erhebung gerichtlicher Klage eine Unterbrechung der Verjährungsfrist schon darin sehen können, daß der Arbeitnehmer bei Verweigerung oder Hinauszögerung des Urlaubs nach Anfordern Schritte bei der Betriebsvertretung unternimmt, um zu seinem Recht zu kommen.

Gemäß § 225 BGB. ist vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist möglich. In den Tarifverträgen ist sie häufig auf ein Jahr beschränkt z. B. im Lithographengewerbe und der Ziegel-Industrie.

In der Festsetzung einer kurzen Verjährungsfrist für Lohnansprüche ist nicht ohne weiteres deren Festsetzung auch für den Urlaubsanspruch enthalten. Das Urteil des RAG. vom 9. 7. 30 (114/30)[1]) hat die kurze Verjährung des Urlaubsanspruchs für den Tarifvertrag des Aachener Steinkohlen-Bergbaus verneint. § 6 des Tarifvertrags bestimmte eine 6monatige Verjährungsfrist für Lohn- und andere Ansprüche nach Schluß des Arbeitsvertrags. Trotz der abermals bestätigten Auffassung des Urlaubs als eines Anspruchs aus dem Arbeitsvertrag hat das RAG. doch die Anwendung dieser Bestimmung auf das Urlaubsentgelt verneint; einmal aus der systematischen Stellung des Urlaubs im Tarifvertrag heraus, da der Urlaub getrennt von den anderen Lohnansprüchen und von dem die kurze Verjährung regelnden § 6 in einem besonderen Abschnitt behandelt wurde, sodann mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Urlaubsanspruchs von den auf kurze Zeitabschnitte sich beziehenden Barlohn- und anderen Ansprüchen.

[1]) Kartei-Kallee Einzelfragen 33.

Anhang: Nach § 102 des Entwurfs erlischt der Urlaubsanspruch mit Ende des Jahrs, in dem er hätte gewährt werden sollen. Diese Bestimmung ist verfehlt. Es ist zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber bis zum Schluß des Urlaubsjahrs jederzeit den Urlaub gewähren kann. Nach diesem Zeitpunkt wäre der Urlaub verfallen. Das erleichtert es böswilligen Arbeitgebern, ihre Arbeitnehmer um den Urlaub zu bringen. Klagt der Arbeitnehmer kurz vor Jahresende, dann kann der Arbeitgeber immer noch leisten und gemäß § 93 ZPO. Verurteilung des Klägers in die Kosten bewirken. Klagt er nicht, dann riskiert er Verwirkung des Urlaubsanspruchs. Das Dilemma besteht darin, daß Leistungspflicht und Verfallzeit zeitlich zusammentreffen, der einzig gangbare Weg ist eine zweijährige Verjährungsfrist, wie bei allen Ansprüchen aus dem Arbeitsvertrag. Hueck (bei Moliter, Hueck-Riezler) und Wallichs S. 83 schlagen vor, daß der Arbeitnehmer bei grundloser Verweigerung nach Anforderung in den letzten Wochen der für die Urlaubserteilung bestimmten Zeit das Recht hat, vom Betrieb wegzubleiben. Das ist verfehlt mit Rücksicht auf die Betriebsdisziplin. Brauchbar ist dagegen Huecks Vorschlag, daß durch jede Geltendmachung auch die außergerichtliche, die Verjährung unterbrochen wird.

Lebenslauf.

Geboren in Cannstatt am 3. Juli 1904 als Sohn des Stadtbaumeisters Eberhard Flatt, besuchte ich seit September 1913 das humanistische Gymnasium in Cannstatt, das ich nach bestandener Reifeprüfung im Frühjahr 1923 verließ. Nach $1\frac{1}{2}$jähriger kaufmännischer Tätigkeit studierte ich Rechtswissenschaft vom Wintersemester 1924/25 bis zum Sommersemester 1926 auf der Universität Erlangen, von da an bis zum Sommersemester 1928 auf der Universität Tübingen. Im November 1928 bestand ich das Referendar-Examen. Seit 3. Dezember 1928 bin ich als Referendar im württembergischen Vorbereitungsdienst tätig.

Dr. Flatt.